جـــامـعــة الـــشرق الأوســط
MIDDLE EAST UNIVERSITY

نظرية التعسف في استعمال الحق
في حقل الملكية العقارية

Abuse of Right Theory in Real Estate

إعداد

إيهاب علي محمد عبد العزيز

400910347

المشرف

الدكتور مهند عزمي أبو مغلي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

2012/2011

ب

تفويـــــض

أنا إيهاب علي محمد عبدالعزيز أُفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاســم: إيهاب علي محمد عبدالعزيز

التاريخ: 2011/5/6م.

التوقيع:

قــرار لجنــة المناقشـــــة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: "نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية".

وأجيزت بتاريخ: /   / 2012م.

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
1. الدكتور: مهند عزمي أبو مغلي	رئيساً ومشرفاً	(توقيع)
2. الدكتور: منصــور الصرايــرة	عضواً	(توقيع)
3. الدكتور: رمـــزي ماضــــي	ممتحنا خارجياً	(توقيع)

الشكر والتقدير

إلى ... أستاذي الكبير مؤسس هذا الصرح العلمي العملاق رئيس مجلس الأمناء الأستاذ يعقوب ناصر الدين أطال الله في عمره.

إلى ... أستاذي العزيز المشرف على رسالتي صاحب الخلق والعلم الواسع والبسمة الجميلة الدكتور مهند عزمي أبومغلي وكل من علّمني حرفاً، وأبجدية القراءة والتحليل، أساتذتي الأجلاء أهل القامات الرفيعة علماً في المدرسة وبكالويوس بجامعة الإسراء العزيزة وجامعة الشرق الأوسط السرمدية وكلية الحقوق فيها.

والشكر موصول للسادة أعضاء لجنة المناقشة الدكتور رمزي ماضي والدكتور منصور الصرايرة على قبولهم عناء مناقشة هذه الرسالة.

إلى كل من ساهم ولو بكلمة محفزّة على العلم شكري تقديري .....

إيهاب علي محمد الزعبي

الإهــــــــداء

إلى ... بيرق العطاء، الذي لا زال ثمره ناضجاً، وعطاءه كبيراً، علماً بارزاً في جامعتنا الغراءَ الشرق الأوسط الحبيبة، ذو القلب الشجاع الذي لم يعرف معنى الانحناء، إليك منى يا والدي الدكتور علي الزعبي كل الفخر والاعتزاز والدعوة بالعمر المديد.

إلى .... الصابرة على مزاج والدي وقسوة الحياة، التي آثرت صد العواصف بنفسها إيثاراً لنا والدتي أغلى الدنيا ومصباح نجاحي... طاهرة النساء، دمعتي الأكثر حرقة في جوفي والأحب إلي...

إلى ... جدي وجدتي وإخواني وأختي وبناتها وأبناء العمومة مركب عزتي وسندي وأهل المعاني العالية...

إلى ...الذين لم تذكر أسماؤهم فأسماؤهم في قلبي إما لأني استخدم تقيتي أو أن ذاكرتي لم تسعني ... فالنسيان من طباع البشر...

إلى كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط تلك المؤسسة التي تنير طريق الحق وتثبت روح العدالة وتعلي كلمة القانون وتصنع الأجيال المؤمنة برسالة العالم والحقيقة عسى أن يكون هذا البحث لبنة صغيرة في صرحها الشامخ وقبساً ضئيلاً من نورها الوهاج...

الباحــــــــث

إيهاب علي الزعبي

الفهـــــــرس

الموضوع	**الصفحة**
التفويض	ا
قرار لجنة المناقشة	ب
الشكر والتقدير	ج
الإهداء	د
فهرس المحتويات	ه
ملخص باللغة العربية	ي
ملخص باللغة الانجليزية	ل
الفصل الأول: المقدمة	1
الفصل الثاني: التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق	17
المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم	18
المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني	18
الفرع الأول: المبدأ العام استبعاد النظرية	19
الفرع الثاني: مجال تطبيق النظرية	21
المطلب الثاني: نظرية التعسف في القانون الفرنسي القديم	25
المبحث الثاني:نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية	29

المطلب الأول:مفهوم الحق في الفقه الإسلامي	29
الفرع الأول: الحق والحكم	30
الفرع الثاني: الحق والمصلحة	31
المطلب الثاني: استعمال الحق في الشريعة الإسلامية	33
الفرع الأول: الأصل في استعمال الحقوق هو الإباحة	35
الفرع الثاني: تقييد استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية	36
المطلب الثالث: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الشرع الإسلامي	37
الفرع الأول: النصوص التشريعية	38
الفقرة الأولى: القرآن الكريم	38
الفقرة الثانية: الأحاديث الشريفة	39
الفقرة الثالثة: الآراء الفقهية	39
الفرع الثاني: بعض حالات تقرير التعسف في الشريعة الإسلامية	41
الفقرة الأولى: الملكية	42
الفقرة الثانية: مضار الجوار	44
المبحث الثالث: النظرية في التشريع الحديث المقارن	46
المطلب الأول: القانون الفرنسي الحديث	46
المطلب الثاني: القانون الألماني	52
المطلب الثالث: القانون الأردني	55
الفرع الأول: النص الخاص	55
الفرع الثاني: النصوص المتفرقة	58

الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي	62
الفصل الثالث:نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية	64
المبحث الأول: ماهية نظرية التعسف وأساسها القانوني وتمييزها عن النظم الشبيهة لها	65
المطلب الأول: الأساس الفقهي للنظرية	66
الفرع الأول: فكرة نسبية الحقوق	67
الفرع الثاني: فكرة نية الأضرار	68
الفرع الثالث: استعمال الحق في غير ما أُعدَّ له	69
الفرع الرابع: فكرة الخطأ في استعمال الحق	73
المطلب الثاني: نظرية التعسف وغيرها من النظم القانونية الشبيهة لها	76
الفرع الأول: الخروج عن الحق والتعسف في استعماله	76
الفقرة الأولى: الخروج عن الحق	76
الفقرة الثانية: مقارنة الخروج عن الحق بالتعسف في استعمال الحق	79
الفرع الثاني: التعسف في استعمال السلطة والتعسف في استعمال الحق	80
الفقرة الأولى: التعسف في استعمال السلطة	80
أولاً: نظرية التعسف في غير قضاء التأديب	81
ثانياً: نظرية التعسف في استعمال السلطة في قضاء التأديب	82
ثالثاً: معيار التعسف في استعمال السلطة	83
الفقرة الثانية: مقارنة التعسف في استعمال الحق مع التعسف في استعمال السلطة	83
المبحث الثاني: التعسف في الملكية العقارية	85
المطلب الأول: حالات قيام التعسف بصورة عامة	85

الفرع الأول: استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير	91
الفرع الثاني: عدم مشروعية المصلحة من الفعل (استعمال الحق)	96
الفرع الثالث: رجحان الاضرار على المصلحة رجحاناً كبيراً	100
الفرع الرابع: تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق	104
المطلب الثاني: ميدان نظرية التعسف في الملكية العقارية	107
الفرع الأول: تحديد حق الملكية العقارية	108
الفقرة الأولى: تعريف الملكية العقارية وبيان عناصرها وخصائصها	108
الفقرة الثانية: مشروعية حق الملكية العقارية	111
الفرع الثاني: التعسف هو من قيود الملكية العقارية	121
الفرع الثالث: الحقوق الناجمة عن حق الملكية العقارية الخارجة عن مبدأ التعسف	123
الفصل الرابع: دعوى وجزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية	127
المبحث الأول: طبيعة دعوى التعسف في حق الملكية العقارية	128
المبحث الثاني: جزاء التعسف في الملكية العقارية	133
المطلب الأول: التعويض العيني	136
المطلب الثاني: التعويض بمقابل	139
أولاً: التعويض الاتفاقي	140
ثانياً: التعويض القانوني "الفوائد التأخيرية"	141
ثالثاً: التقدير القضائي	142
رابعاً: الخسارة الواقعة والكسب الفائت	143
خامساً: الظروف الملابسة	144

سادساً: حسن النية وسوئها	145
سابعاً: التعويض الاضافي	147
الفصل الخامس: الخاتمة	149
النتائج	150
التوصيات	154
قائمة المراجع	157

الملخــــــــــــــص

التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية

إيهاب علي محمد عبدالعزيز

جامعة الشرق الأوسط 2012

إن نظرية التعسف في استعمال الحق أصبحت تكتسي أهمية قصوى في القوانين الحديثة، وإن كانت في الأصل مطبقة في القانون الإداري والمدني، إلا أنها لا تقتصر عليها بل تمتد لتشمل مختلف فروع القانون. ثم إنها ليست مقتصرة على تشريعات معينة كالقانون الفرنسي والألماني والأردني مثلاً وإنما نظرية التعسف منتشرة في أغلب التشريعات الحديثة، الأمر الذي يؤكد فائدة نظرية التعسف في استعمال الحق وشيوعها. تلك النظرية التي تستند إلى فكرة العدالة، إذ لا يجوز أن يتستّر بعضهم باستعماله لحق مقرر له بهدف الإساءة إلى حقوق الآخرين ولا يمكن تسبيق المصلحة الخاصة على المصالح العامة. ولهذا فالتشريعات والقضاء بدوره تسعى لتطبيق نظرية التعسف كلما كان لها محل، وإن اعتبر بعضهم ذلك خروجاً عن مبدأ حماية الحق الذي يخوّل لصاحبه استعماله على النحو الأكثر إطلاقاً.

والتعسف في ميدان القانون الخاص أكثر ما يكون في حقل الملكية، ولكن هذه الملكية قد تكون مادية وهو الغالب وتشمل العقارات والمنقولات، وقد تكون معنوية وتضم الملكية الفكرية. واقتصر البحث على نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية نظراً لأهمية العقار في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، ولوجود الجدل في إمكانية تقييد الملكية العقارية باعتبارها وظيفة اجتماعية

أو إطلاق يد صاحب الملكية العقارية في استعمال واستغلال حقه والتصرف فيه، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالغير.

وقد حاولت الدراسة أن تعطي صورة موسعة لنظرية التعسف في استعمال الحق مبتدئة بعرض التطور التاريخي للنظرية، ولعرض وجيز عن تطبيقاتها في بعض فروع القانون، ثم تطبيق النظرية في حقل الملكية العقارية وفقاً لمعايير التعسف، وأخيراً عرضت الدراسة لدعوى وخبراء التعسف منتهية بخاتمة تحتوي على أهم النتائج المستخلصة والتوصيات المأمول الأخذ بها بأقرب فرصة تعديلية لنصوص التشريع.

ABSTRACT

Abuse of Right Theory in Real Estate Ownership

This theory has maximum importance in modern laws, although it is active in the civilian administrative law, but the theory may also comprehensive include other branches of law.

Also it is not confined to some legislation such as the French, the German, and the Jordanian legislation but it extends to be more active in most modern legislations: That fact shows to what extent the adoption of such a theory useful and widespread.

This theory is based on justice idea, so no one is allowed to use his right to harm violate the others, rights: The priority is for the public interest, not the personal interest.

So and because of all that, the judiciary authorities prefer to use this theory whenever the application is convenient, even though some this as a diversion from the principle, right protection consider is not belong to the right protect principle which authorizes his holder use it in many the field of ways applicable.

The above-mentioned theory is mostly in the field of special laws, Particularly in real state ownership: put this real estate includes land property and immovable property: Also it may be moral property like the Intellectual Property, artistic, Literary, and patent.

This research is limited to the arbitrariness of the right to own real estate because of the importance of the real property in the social and economic fields, and because of the argument existing in the ability of bound the real property considering it is a social job or permit the owner real property to use and exploit and dispose his right, even if this leads to harm the others.

This study has tried to give wide view for this theory so it begins in the historical development of the theory, then the study gives brief account for the theory applications in some law branches, then applying the theory in the field of the real property according to the arbitrariness standards: Finally this study gives a survey for the views of the experts of arbitrariness. It concludes by Giving, then is was finished by an end which includes the results and recommendations that we hope to take into consideration as soon as possible we make an amendment to the legislation texts.

الفصل الأول

"المقدمة"

أولاً: تمهيد: فكرة عامة حول الموضوع:

إن القانون مجموعة القواعد التـي تـنظم حيـاة الأفـراد داخـل المجتمـع بغيـة تحقيـق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه. والحق الذي يهدف القانون حمايتـه هـو مـا يقـع بـه الفـرد على ما هو عائد له بصفة مشروعة من قيم أو أشياء، ويكـون لهـذا الفـرد الإفـادة مـن هـذه القيم أو الأشياء بنطاق واسع وإلزام الغير بعدم التعرض له في هذه الإفادة. [1]

وقد عنيت سائر التشريعات برعاية حقـوق الأفـراد والـذود عنهـا، ومنحـت صـاحب الحق سلطة كبيرة في مجال استعماله لحقه.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل أن صاحب الحـق مطلـق اليـد فـي اسـتعماله لحقه كيفما شاء ولو أدى هذا الأمر لإلحاق ضـرر بـالغير، أم أن الأمـر عكـس ذلـك، بحيـث أن الحق وإن كان يمنح صاحبه صلاحية عظمـى فـي اسـتعماله والتـصرف فيـه إلا أن هـذا الاستعمال والتصرف مقيدان بالمصلحة العامة؟ بمعنى آخر هل الحق

---

[1] عامر، حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء الحقوق، القاهرة, دار النهضة العربية، 1960، ص14 وما بعدها.

سلطة مطلقة ممنوحة لصاحبها دون حدود أم هو وظيفة لصاحبها يدخل في إطار التضامن الاجتماعي، فلا يجوز الإساءة إلى الغير عن طريق التجاوز في استعمال الحق؟[1]

في الواقع هناك نظرتان مبدئيتان إلى الحق يمكن إرجاعهما إلى المدرسة الشخصية من جهة والمدرسة الموضوعية من جهة ثانية.

- فالمدرسة أو النزعة الشخصية تعتبر الحق سلطة مطلقة تخول صاحبها استعمال الحق على النحو الأكثر إطلاقاً، فهي ترى أنه لا يُعقل أن يُسيء تقييد الحق وافتراض إمكانية الإساءة أو التعسف في استعمال الحق.

- أما المدرسة أو النظرية الموضوعية فهي على العكس تقيد الحق بالمصلحة، وتبني فكرة نشوئه على مبدأ التضامن الاجتماعي ومفاد ذلك أن الإنسان اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش إلا داخل الجماعة، وهو لا يستطيع تحقيق مطالبه إلا عن طريق التعاون والمساعدة مع أبناء جنسه. وصلة الإنسان لا تقتصر على أسرته ووطنه بل تتعداهما إلى الاتصال بالأمة والبشرية قاطبة، فأساس الحياة هو التضامن الاجتماعي الذي هو ركيزة العلاقات الاجتماعية، وتصبح العلاقة الاجتماعية قاعدة قانونية إذا رأت الجماعة ضرورة احترامها، ووجوب الأخذ بها لحفظ التضامن الاجتماعي وحماية أفراد المجتمع. لذلك فرغم أن الحقوق محمية من طرف القانون غير أنها مقيدة بفكرة الضمان الاجتماعي أي مصلحة الغير، وبالتالي فمن يخرج عن الحق أو يسيء للغير عند استعماله لحقه يكون قد خرق مفهوم التضامن الاجتماعي، وبالتالي يلزم بإزالة الإساءة والعودة إلى استعمال حقه في

---

[1] منصور أمجد: النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة، عمان، 2001، ص277 و278؛ وأنظر د. مرقص سليمان، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المطبعة العالمية، 1964، ص302.

حدود عدم الإضرار بالغير، والخروج عن التضامن فالحق هنا – كما أعتقد– يشكل وظيفة اجتماعية هدفها تكافل أبناء المجتمع لما فيه خيرهم وخير الإنسانية بشكل عام[1].

إن نظرية التعسف لاستعمال الحق عُرفت وترعرعت في القوانين الغربية في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الفرنسي جوسران الذي يتصور البعض عن غير حق أنه مبتدع هذه النظرية، كما أنه صحيح أيضاً أن النظرية الموضوعية للحق التي نادى بها الفقيه الألماني اهرنج، وفكرة التضامن الاجتماعي التي نادى بها عميد كلية بوردو "دونجي" لم تعرف طريقها إلى الوجود إلا في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين، غير أن هذا الأمر يجب أن لا يعني أن مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق هو مبدأ حديث فرضته التغيرات التي شهدها العالم في القرنين الأخيرين على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي والسياسي: فعلى الصعيد الاجتماعي ازداد الوعي وظهرت التيارات الفكرية المنادية بالعدالة الاجتماعية وتحطيم فكرة الأنانية والفردية اصطبغت فيها الظواهر الاجتماعية وبينها القانون في القرون السابقة. وعلى الصعيد الاقتصادي فقد نمت المبادلات التجارية وازدادت رقعة النشاط الاقتصادي لتشمل سائر بلاد المعمورة، وظهرت تيارات تنادي بعدالة توزيع الثروات على المواطنين. وأخيراً على الصعيد السياسي ترسيخ المفهوم الديمقراطي في كثير من الدول وأصبح القانون

[1] مرقص، سليمان، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، مرجع سابق، ص303؛ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، دار النهضة، القاهرة، ص798.

مرآة تعكس رغبات الأمة وترفع الضيم عمن لحقه أذى نتيجة تجاوز الغير على حقوقه، ناهيك عن الأفكار والنزعات الاشتراكية التي ظهرت مطالبة بتحقيق المساواة ومنع الاستغلال. [1]

ولا ننكر أن هذه العوامل قد ساهمت في تأصيل مبدأ رفع التعسف في استعمال الحق وتقنينه في جل التشريعات العصرية، غير أننا نقول إن هذا المبدأ ضارب جذوره في أرض القانون منذ عرفت البشرية القوانين، فقد عرفه البابليون، وجاءت في مدونة حمورابي نصوص تعاقب على التعسف في استعمال الحق منها المادة (55) من المدونة وذلك منذ حوالي واحد وأربعين قرناً. كما أن الرومان وإن كان قانونهم مشبعاً بروح الفردية ومغرقاً في الشكلية فإن بعض فقهائهم أمثال "أولبيان" نادوا بنظرية إزالة التعسف في استعمال الحق. [2]

ثم لا ننسى أن فقهاء شريعتنا الغراء كانوا السباقين إلى الحديث عن وجوب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وضرورة تحمل الضرر العام بالأولوية على الضرر الخاص، وعلى الخصوص خلقهم للقاعدة الخالدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقد أسهبوا بوضع القواعد الفقهية التي تنظر إلى الحق بوصفه وظيفة اجتماعية يجب أن لا تضر بالغير.[3] وكما يقول الدكتور سليمان مرقص في معرض حديثه عن هذه النظرية ما نصه "وقد وجدت بذور هذه النظرية في الشريعة الإسلامية من قبل ظهورها في الشرائع الغربية الحديثة بنحو ستة قرون على الأقل ....". إذن ظهرت هذه النظرية في الفقه

---

[1] سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص319.

[2] جوسران: روح القوانين ونسبيتها "نظرية التعسف باستعمال الحق، الفقرة 16 .

[3] الزهاوي، سعيد أمجد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، ص20؛ الشاطبي، الموافقات، الجزء الثاني، ص8.

الإسلامي قبل قرون عديدة من ظهور نظرية جوسـران التـي يعـزوا إليهـا الفقهـاء الغـربيين أصل مبدأ التعسف في استعمال الحق.

وخلاصة القول إن نظرية التعسف في استعمال الحـق تـصطبغ بأهميـة قـصوى وتـستند إلى فكرة العدالة، إذ لا يجوز أن يتستر بعضهم باستعماله لحق مقـرر لـه بهـدف الإسـاءة إلـى حقوق الآخرين، ولا يمكـن تـسبيق المـصلحة الخاصـة علـى المـصلحة الجماعيـة، ولهـذا فالتشريعات[1] والقضاء[2] بدوره يسعى لتطبيق نظرية التعسف كلمـا كـان لهـا محـل، وأذ عـدّ بعضهم ذلك خروجاً على مبدأ حماية الحق الذي يخول لصاحبه اسـتعماله علـى النحـو الأكثـر إطلاقاً.

---

[1] أنظر نصوص القانون المدني المادة الاردني (61) والتي تقضي بأنه الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مـشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر، وكذلك نص المادة (66) التي نصت على أن "1/ يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غيـر مشروع. 2/ويكون استعمال الحق غير مشروع.

أ- إذا توافر قصد التعدي.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ت- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

ث- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة، ويقابل هذا النص ما ورد على لسان المشرع المصري في المادة الخامسة من قانونـه المـدني الجديد.

[2] انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1978/68، المنشور بمجلة نقابة المحامين، 1978، س26 عدد 7–12، ص894.

ثانياً: مشكلة الدراسة:

تتبلور مشكلة هذه الدراسة في قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع وإلى وقتنا هذا، إذ إنها لا تتجاوز أصابع اليد، وكذلك في شح القرارات القضائية المتعلقة بالتعسف لاستعمال الحق في حقل الملكية العقارية. فالملكية كما هو معروف قد تكون مادية وهو الغالب وتشمل العقارات والمنقولات، وقد تكون معنوية وتضم الملكية الفكرية ، وملكية المنقول قد تكون عرضة للتعسف، إلا أن هذا التعسف قد يأخذ هنا حالة من حالات الضرر التي هي قوام المسؤولية التقصيرية، وتطبق عليه القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، وهي لا تشكل التباساً كبيراً ولا معوقات أو مشاكل تعتري طريق بحثها، إنما تكمن المشكلة في بحث نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية نظراً لأهمية العقار في المجالين الاقتصادي والاجتماعي ولوجود الجدل في إمكانية تقييد الملكية العقارية باعتبارها وظيفة اجتماعية أو إطلاق يد صاحب الملكية العقارية في استعمال واستغلال حقه والتصرف فيه، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالغير[1].

فقلة المصادر الفقهية وقدم النصوص التشريعية، وندرة الأحكام القضائية واحتدام وتأصل الصراع الفقهي حول مفهوم هذه النظرية في حقل الملكية العقارية وغيرها من المعوقات الأخرى هي من أبرز المشاكل التي تواجه مسار هذا البحث.

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد، "مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، سنة 2000، ص403؛ وأنظر في هذا الخصوص أيضاً المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص81.

والحقيقة إن جملة هذه المشاكل هي التي شكلت لا بل وولدت في قناعتنا السبب الرئيس لبحث هذا الموضوع مؤملاً أن أقول بخصوصه كلمة تشكل ثقباً نطل من خلاله على ساحة الضوء، ومؤملاً في ذات الوقت أن أتناول هذا الموضوع؛ موضوع التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية الفكرية التي بدأت تحتل وتستوطن الحياة التجارية والاقتصادية بشكل عام في دراسات قادمة بإرادة المولى عز وجل.

ثالثاً: هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بشكل عام إلى ما يلي:

- الوقوف على مفهوم التعسف على ضوء النصوص التشريعية الواردة في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وتحديداً المواد (61، 66، 1279، 1021، 1025، 1027) وتبيان أوجه النقص التي تعتري هذه النصوص أو بعضها, وإمكانية تعديلها لتنسجم مع واقع حق الملكية العقارية ومفهومه بثوبه الجديد على الساحة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الأردنية.

- تحليل القرارات التمييزية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية في هذا الخصوص والوقوف على مقاصد هذه القرارات وإمكانيتها في توضيح ما لم يتمكن المشرع من إيضاحه من إقراره في القوانين ذات العلاقة بمواضيع التعسف بشكل عام، والتعسف في حقل الملكية العقارية بشكل خاص.

- البحث في مصير الاستعمال لحق الملكية العقارية متى انطوى على تعسف، القضاء الأردني وموقفه في ذلك.

- تحديد خطوط الالتباس بين مفهوم التعسف في استعمال الحق وغيره من المفاهيم الأخرى التي قد تتشابك معه كالتعسف في استعمال الحق في حقل المنقولات على سبيل المثال وليس الحصر.

- الوقوف على أثر الإخلال في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية.

- محاولة وضع الحدود الفاصلة بين النصوص الناظمة لنظرية التعسف في استعمال الحق والبحث على وجه الخصوص في النصوص المتعلقة بالملكية العقارية دون سواها.

- مقارنة النصوص الخاصة بالتعسف في حقل الملكية العقارية بالنصوص الأخرى المتعلقة بغيرها من حقوق الملكية ومحاولة الدمج للخروج بنظرية تصلح لمعالجة كافة حقول النشاط الاقتصادي ومختلف أنواع الملكية.

- قيادة المشرع المستقبلي إلى إجراء تعديلات جوهرية تتماشى مع روح العصر ومنطلقات حق الملكية العقارية في وجهها المشرق المعاصر.

رابعاً: أهمية الدراسة:

إن نظرية التعسف في استعمال الحق أصبحت تكتسي أهمية قصوى في القوانين الحديثة وإن كانت في الأصل مطبقة في القانونين الإداري والمدني، إلا أنها لا تقتصرُ عليهما بل تمتد لتشمل مختلف فروع القانون من قانون إداري وقانون مدني وقانون اجتماعي وقانون عقاري وقانون تجاري وغيرها. وهذا ما يبين لنا بوضوح أهمية هذه النظرية وصورتها، ثم إنها ليست مقتصرة على تشريعات معينة كالقانون الفرنسي

والألماني مثلاً وإنما نظرية التعسف منتشرة في أغلب التشريعات الحديثة، الأمر الذي يؤكد مرة أخرى فائدة نظرية التعسف في استعمال الحق وشيوعها.

وخلاصة القول إن نظرية التعسف في استعمال الحق تصطبغ بأهمية قصوى وتستند إلى فكرة العدالة، إذ لا يجوز أن يستتر البعض باستعماله لحق مقرر له بهدف الإساءة لحقوق الآخرين، ولا يمكن تسبيق المصلحة الخاصة على المصالح الجماعية، ولهذا فالتشريعات والقضاء بدوره تسعى لتطبيق نظرية التعسف كلما كان لها محل، وان عدّ بعضهم ذلك خروجاً عن مبدأ حماية الحق الذي يخول لصاحبه استعماله على النحو الأكثر إطلاقاً.

خامساً: أسئلة الدراسة

ثمة بعض التساؤلات الافتراضية التي تكّون بمجملها إشكالية البحث التي سأحاول الإجابة عليها، وتتلخص في الآتي:

1- ما المصدر الرئيس لنص المادتين (61) و(66) من القانون المدني الأردني: أهو الشريعة الإسلامية أم القانون المدني المصري الذي بدوره استقى هذه النظرية من القانون الفرنسي.

2- هل ينسجم نص المادتين (61) و(66) من القانون المدني الأردني مع أحدث التشريعات الغربية كالفرنسي أم أنه قاصر عن معادلتها.

3- هل إن هذه النظرية ترجح في الشريعة الإسلامية عنها في القوانين الغربية أم لا؟

4- هل إن نصوص القانون المدني الأردني الناظمة لهذه النظرية كافية لمعالجتها أم أن القصور يشوبها من بعض الوجوه؟

5- هل إن الاجتهادات الفقهية الأردنية – خاصة الصادرة عن محكمة التمييز، جاءت منسجمة مع ظاهر النصوص الأردنية أم أنها وسعت في المعايير عمليا؟

سادساً: حدود الدراسة

الحدود المكانية:

سوف يتم في هذه الدراسة البحث في المواضيع ذات الأهمية والصلة بنظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية وما يتطلب من تعريف بالنظرية وتحديد معاييرها، وذلك باستعراض التطور التشريعي لهذه النظرية من خلال تتبعها في القوانين والتشريعات الأردنية، مبتدئين بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وكذلك بحثها في مجلة الأحكام العدلية العثمانية سنداً للمادة (2/2) والمادة (1448) من القانون المدني وبقية التشريعات ذات الصلة وكلما اقتضى الأمر الوقوف عند بعض التشريعات المعاصرة الأجنبية كالقانون المدني الفرنسي والعربية كالتشريع المصري لتبيان الموازنة الحقيقية.

وبنفس الأسلوب الاطلاع على اجتهادات محكمة التمييز الأردنية في هذا المجال للوقوف على مسألة التجانس والتباين في هذه الاجتهادات الذي بدوره يثير شهية الفقه واختلاف الشراح. وسنركز في هذه الدراسة على السلطة التي تملكها محكمة الموضوع في تقدير وجود التعسف، وما يترتب على هذا التقدير من آثار قانونية.

الحدود الزمانية:

آمل أن تتضح معالم هذه الدراسة بعد الإفراغ من الفصل الدراسي الثاني للعام الدراسي 2011/2010 وتحديداً خلال الفصل الصيفي بعون الله.

سابعاً: محددات الدراسة:

لا يوجد محددات لهذه الدراسة، إذ إنه من الممكن نشر هذه الدراسة سواء على الصعيد الأكاديمي أو الصعيد القضائي، سيما وأن هذه الدراسة تتضمن تحليل النص القانوني والتطبيق العملي في المحاكم، وسوف يستفيد منها قطاع كبير من أبناء المجتمع، وبالتالي فلا توجد أية قيود من شأنها أن تحد من تعميم نتائج هذا البحث العلمي بعون الله.

ثامناً: مصطلحات الدراسة

التعسف في استعمال الحق، حق الملكية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، الملكية العقارية.

- **التعسف في استعمال الحق:** استعمال صاحب الحق لحقه بصورة تتجاوز حدود الرخصة التي يمنحها القانون له في ممارسة لحقه وبالتالي يسأل عن الضرر الذي يسببه للغير.[1]

- **حق الملكية:** هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله في حدود القانون استعماله واستغلاله والتصرف فيه.[2]

- **الحقوق العينية الأصيلة:** هي تلك الحقوق التي تقوم بذاتها دون أن تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه وهي تشمل حق الملكية والحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه كالتصرف والاستعمال والسكنى والسطحية (القرار) والحقوق المجردة والوقف والحكر والإيجارتين وخلو الانتفاع.[3]

- **الحقوق العينية التبعية:** هي تلك الحقوق التي تستند في وجودها إلى وجود الحق الشخصي لأنها مقررة لضمان الوفاء به، وتشمل حق الرهن بنوعيه التأميني والحيازي وحقوق الامتياز.[4]

تاسعاً: الإطار النظري والدراسات السابقة:

الإطار النظري:

سنحاول من خلال هذا البحث أن نعطي صورة موسعة لنظرية التعسف في استعمال الحق بادئين بعرض التطور الذي عرفته هذه النظرية في القانون الروماني، ثم في الشريعة

---

[1] خاطر، نوري، والسرحان، عدنان، مرجع سابق، ص404.

[2] العبيدي، علي هادي، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، سنة 2000، ص15.

[3] المادة (70) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

[4] الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص9–10.

الإسلامية، وأخيراً في التشريع الحديث المقارن، وسوف نبين التبريرات الفقهية المقدمة لدعم هذه النظرية، مع عرض وجيز لتطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في بعض فروع القانون كالقانون المدني والقانون الإداري وقانون العمل. وهذا سيكون في نطاق الفصل الثاني من هذه الرسالة.

وفي الفصل الثالث من هذا البحث سنقف عند تطبيق النظرية في حقل الملكية العقارية، عارضين لمعيار التعسف في بعض القوانين المعاصرة، وخصوصاً القانون المدني الأردني الذي تحدث عن هذه النظرية في إطار النظرية العامة للحقوق الشخصية الواردة، محاولين النظر بإمكانية الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية وفقاً للمبادئ الواردة في النظرية العامة للحقوق الشخصية.

أما الفصل الرابع سنخصصه لعرض دعوى وجزاء التعسف في استعمال الحق.

وسيخصص الفصل الخامس والأخير لخاتمة الدراسة، النتائج، التوصيات، بالإضافة إلى قائمة المراجع.

الدراسات السابقة:

في الواقع لا يوجد الكثير من الدراسات السابقة حول نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، فالدراسات السابقة في الإطار العام للموضوع حتى نادرة وشحيحة، بالإضافة إلى أن كتاب وشرّاح القانون لم يتطرقوا لهذا الموضوع بشكل واضح، ناهيك عن شح القرارات التمييزية الصادرة بهذا الخصوص، وكل ما تم إيجاده في الإطار العام للموضوع لم يتعدى دراستان فقط هما:

1- دراسة عبد الناصر الهياجنه، 1998 بعنوان "أحكام الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني".

وهي رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، تناولت موضوع الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني، إذ تم التعريف بالحيازة من حيث كونها واقعة مادية يرتب القانون على توافر شروط معينة فيها آثاراً بالغة الأهمية. كمنع سماع دعوى المطالبة بالشيء أو الحق المحوز بعد مرور فترة زمنية تختلف باختلاف محل الحيازة وظروفها.

وقد بينت هذه الدراسة أيضاً خصوصية وذكاء فكرة التقادم في القانون المدني الأردني من حيث عدم اصطدامها بالمتفق عليه في الفقه الإسلامي في شأن عدم سقوط الحقوق أو اكتسابها بمرور الزمن ومحافظتها في الوقت ذاته على استقرار المراكز القانونية والأوضاع الواقعية التي استمرت في الزمن فترة تبرر الوثوق فيها، وكذلك الإشكالات القانونية فيما يتعلق بحماية الحيازة قانوناً. وقد توصلت هذه الدراسة إلى ضرورة الإعلاء من قيمة الوظيفة الاجتماعية للحقوق، بتشجيع المالك على استعمال حقه، والتمني على المشرع بأن يتدخل بوضوح لإقرار الحماية القانونية للحيازة بنصوص صريحة تحقق مبررات حمايتها باعتبارها قرينة على الحق، وواجب الدولة في التدخل بخطة وطنية تجعل أملاكها وأراضيها الخاصة فرصة أمام القادرين على استغلالها وفق شروط تضمن هذا الاستغلال.

إلا أن هذه الدراسة لم تنفرد بمجال تأصيل مفهوم نظرية التعسف باستعمال الحق بشكل عام أو في حقل الملكية العقارية بشكل خاص، إنما وضعت مفهوماً خاصاً للملكية

العقارية المكتسبة بطريق الحيازة مع توضيحها لمفهوم التقادم قانوناً وشرعاً وفي الإطار العام يمكن أن تتوافق دراستنا مع هذه الدراسة من زاوية الإعلاء من قيمة الوظيفة الاجتماعية للحقوق، ليكون استعمال المالك لحقه يدور في فلك هذا المضمون.

2- دراسة التلاحمة، خالد إبراهيم أحمد، 1999، بعنوان "سلطات الشريك على الملكية الشائعة في العقار" (دراسة مقارنة من القانون المدني), جامعة آل البيت.

تناولت هذه الدراسة التعريف بالملكية الشائعة وما يميزها عن غيرها من الملكيات، وما هي أسباب الشيوع، وما هي الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع.

وقدمت هذه الرسالة من خلال ثلاث فصول، قدم الباحث في فصلها الأول لمسألة استعمال العقار المملوك على الشيوع من حيث التنظيم التشريعي لهذا الاستعمال، ومن حيث التنظيم الاتفاقي للاستعمال سواء أكان بطريق المهيأة الزمانية أم المكانية.

وفي الفصل الثاني تناولت الدراسة موضوع إدارة وحفظ العقار المملوك على الشيوع. وأخيراً الفصل الثالث خصصه الباحث لمعالجة التصرف في العقار المملوك على الشيوع مفرقاً بين التصرف الصادر عن الشركاء جميعاً أو أغلبهم والتصرف الصادر من الشريك منفرداً في حصته.

وتختلف هذه الدراسة، عن موضوع دراستي التي ستخصص لبحث مسألة التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، ورغم هذا الاختلاف في الإطار العام، إلا أننا قد نستفيد من هذه الدراسة خطوط إمداد وتفرعات لموضوع دراستنا من حيث التعسف الصادر من الشريك في استعماله لحقه كمشتاع في الشيء الشائع، رغم عدم تعرض هذه الدراسة للموضوع.

عاشراً: منهجية الدراسة

نظراً لأهمية الدراسة، وإبرازاً لطبيعتها، وتحقيقاً لأهدافها، سنعالج موضوعها وفق منهج البحث النوعي لنصوص القانون المدني الأردني التي تناولته الدراسة، وتحليل مضمون الأحكام القضائية لمحكمة التمييز الأردنية، ومقارنتها ببعض الاجتهادات القضائية الغربية خاصة الاجتهادات الفرنسية، والاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض المصرية.

الفصل الثاني

التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق

إن نظرية التعسف في استعمال الحق وإن كانت تبدو حديثة من حيث إنها لم تعرف طريقها إلى التقنين إلا من عصر قريب ولكنها مع ذلك قديمة قدم القانون فقد عرفتها الشعوب المتحضرة قديماً من بابليين وعبرانيين ومصريين قدماء وكذلك الرومان وسوف لن نعرض للنظرية عند كل هذه الشعوب وإنما سنكتفي بعرض النظرية في القانون الروماني لأن الرومان هم آباء القانون الوضعي ولأن أغلب التقنينات الحديثة أخذت عن الرومان مبادئها وقواعدها وخصوصاً التقنينات اللاتينية وكذلك في التقنين الفرنسي القديم لتأثره بالقانون الروماني من جهة ولتأثيره على قانون نابليون من جهة ثانية، ثم سنتعرض للنظرية في الشريعة الإسلامية التي عرفتها ووضعت أحكاماً عديدة تقضي برفع التعسف أو الإساءة، ثم تعرض لمختلف الاتجاهات وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم

المبحث الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الحديث المقارن

المبحث الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم

سنبدأ بعرض لنظرية التعسف في القانون الروماني ثم في القانون الفرنسي القديم وعليه سيتضمن هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني.

المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم.

المطلب الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني

إن القانون الروماني الذي يعدّ المنبع الأول الذي اقتبست منه أغلب التقنينات الحديثة أحكامها كان قانوناً مشبعاً بالشكلية تطغى عليه النزعة الفردية، فكان الشخص إذا أراد إبرام عقد مثلاً يكون عليه أن يستعمل عبارات محددة منصوصاً عليها في القانون، وإلا كان التصرف باطلاً وغير معتمد ولو كان هذا العقد صحيحاً في الجوهر، كما أن القانون الروماني إضافة إلى كونه شكلياً كان فردياً من حيث إنه كان يهتم بحماية المصالح الشخصية دون النظر إلى أثر هذه الحماية على حقوق الغير، فكان يبيح الرق ويسمح للدائن أن يبيع مدينه إذا لم يتمكن من الوفاءِ بدينه وللأب بالتصرف بولده وغير ذلك من التصرفات المناوئة لروح العدالة، فهل عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق طريقها

إلى الظهور وسط هذا القانون؟ للوقوف على الجواب علينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الأول نتناول فيه المبدأ العام وهو استبعادها وفي الثاني مجال تطبيقها.[1]

الفرع الأول

المبدأ العام استبعاد النظرية

إن القانون الروماني كان قانوناً شكلياً ومشبعاً بروح الفردية، ففي العهد الأول من العصر الروماني كان القانون يمنح لرب العائلة أربعة حقوق غير مقيدة بشرط ومطلقة بأوسع شكل وهي:

1. حق الأب على أبنائه
2. حق السيد على عبيده
3. حق الزوج على زوجته
4. حق الملكية

وكان رب الأسرة في كل هذه الحقوق طليق اليد يستطيع استعمالها كيفما شاء فكان حر التصرف بأموال زوجته ومتاعها وكان يقدر أن يهجرها كما كان يستطيع أن يبيع أبناءه متى شاءَ وكان بمقدوره أن يحرر عبيده أو يقتلهم أو يبيعهم، كما كان يقدر استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه على النحو الأكثر إطلاقاً ولو كان ما يقوم به تعسفياً ومضراً فكان لرئيس العائلة استعمال حقوقه على الوجهة التي يراها ملائمة له سواء كانت نيته حسنة أو سيئة وسواء قصد في استعماله لحقوقه فعل الخير أو لم يقصد ذلك كل هذا

[1] عامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، القاهرة، 1960، ص14-15. الحكيم، عبدالمجيد، مصادر الالتزام، بغداد، 1973، فقرة 85 وما بعدها ص512. وأخيراً سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، ط7، منشورات جامع دمشق، 1992-1993م، ص96 فقرة 719.

دون أيّ مسؤولية. وكان رب العائلة هو السيد الآمر على أفــراد أســرته وعبيــده حتــى المــوت أو الحياة.

وفي إطار حق الملكية كان للمالك الحق أن ينــشئ علــى عقــاره مــا يريــد وقــد ذكــر مرسيليوس "Marcellus" أن المالك له الحق في أن يحفــر فــي أرضــه، ولــو أدى ذلــك إلــى منع ورود المياه إلى الجار، وكانت في القانون الروماني قاعدة تقــرر بــأن مــن اســتعمل حقــه فما ظلم وهذه القاعدة تكرس مبدأ عدم إمكانية التعسف عند استعمال الحــق ولــو أدى هــذا إلــى إلحاق الأذى والضرر بالغير وهذه القاعدة هي تأكيــد لقاعــدة أخــرى تقــرر أن مــن يــستعمل حقه لا يمكن اعتباره مسيئاً لأنه لا يمكن اجتماع الحق والإساءة.[1]

وقد ذكر الفقيه الروماني بولوس (Polus) أنــه لا يــأتي عمــلاً ضــاراً إلا مــن يعمــل بدون حقه، كما أيَّد أولبيــان (ULPIEN) هــذا الاتجــاه فقــال: "لــيس بــالمؤذي مــن اســتعمل حقه".[2]

كل هذه القواعد والأقوال تناقض بشكل جــوهري كمــا يبــدو فكــرة مبــدأ التعــسف فــي استعمال الحق فهي تنفي المسؤولية على من يمارس حقاً من حقوقــه ولــو أدت هــذه الممارســة إلى الإضرار بالغير.

ولكن هل هذا يعني أن الرومان لم يعرفوا نظريــة التعــسف فــي اســتعمال الحــق نهائيــاً أم أنهم في فترة لاحقة عرفوه نواة لهذه النظرية؟ وهذا ما سنعرض له في الفرع الثاني.

---

[1] الكزبري، مأمون، نظرية التعسف في الملكية العقارية في التشريع المقارن، كلية الحقوق بالرباط، مطبوع على استانسل, ص 7.
[2] جوسران: روح القوانين ونسبيتها، نظرية التعسف في استعمال الحق، الفقرة 16.

الفرع الثاني

مجال تطبيق النظرية

عندما تطور القانون الروماني بدا يقترب من مبادئ العدالة فنرى الفقيه سرفيوس سويليسيوس يقول: "أن العدالة هي أساس القانون" أن القانون فن الخير ويقول أولبيان: تلك هي أحكام القانون أن تحيي أميناً وأن لا يؤذي أحداً، وأن تودي كل ذي حقٍ حقه.

من هذه الأقوال يتبين أن الرومان كانوا ينادون بعد تطور القانون الروماني بضرورة استبعاد النصوص القانونية والقواعد العامة التي تتنافى مع روح العدالة والأخلاق الحميدة وقد أيَّد ذلك الفقيه (أبلوتون) فقال بوجوب إغفال النصوص والقواعد القانونية إذا أدى الأخذ بها إلى عواقب تتنافى من أصول الأخلاق والعدالة. وقد وجدت تطبيقات عدة لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في فترة ازدهار القانون الروماني ووجدت نظرية التعسف في استعمال الحق ميدانها في عدة مجالات: [1]

أ. ففي ميدان المعاملات وجدت قاعدة وجوب المطالبة بمقابل المنفعة ومعناها وهي لا يجوز طبقاً للقانون الطبيعي أن يثرى أحد على حساب ونفقة الغير. ووجدت القاعدة القائلة بعدم جواز الشخص الطيب والعادل أن يكسب من وسيلة كسب الغير. [2]

ب. وفي ميدان العقوبات ظهر مبدأ احترام المصلحة العامة مما أدى إلى تقليص حقوق الأفراد المطلقة وذلك بإنشاء التدابير الصارمة لعقاب من يستعمل حقوقه بطريقة

---

[1] الذنون، حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، الخطأ، ص382 وما بعدها.
[2] الكزبري، مأمون، مرجع سابق، ص17.

تنطوي على الإساءة للغير عن طريق التشهير بالمخالف وهــذا يظهــر لنــا أن الرومــان عرفــوا أن غاية الحق هو خدمة مــصلحة المجمــوع وأن مــن يــسيء اســتعمال الحــق يــسيء إلــى المجتمع ككل ويضر بالأخلاق الحميدة. (1)

ج. وفي ميدان الأسرة منع رب العائلــة مــن التــصرف بأبنائــه وذلــك ببــيعهم إلا لقــوة قاهرة ومهما كان فقرهم شديداً وهذا ما نص عليه البولياني الخــاص بنظــام الــزواج ولــم يبــق للأب حق تزويج ابنه إلا لأسباب مشروعة يقدرها الحكــام ويوافــق عليهــا، وهــذا تقــدم كبيــر لنظرية التعسف لأنه حتى في القــوانين المعاصــرة فــإن ســلطة الأب فــي تــزويج ابنــه تعــدّ مطلقة لا يطالها تعسف.

د. وفي مجال تسريح الزوجة فإذا لم يقدم الــزوج أســباباً قويــة تــدعوه للتــسريح يعاقــب بالتشهير.

ه. وفيما يخص حق السيد على عبيده فلا يجوز أن يــسيء المــرء اســتعمال حقوقــه وقــد نصت مدونة جوستنيان أنه لا يجوز الإســاءة إلــى العبيــد بغيــر ســبب مــشروع لأنــه مــن المصلحة العامة أن لا يسيء الفرد استعمال ما يملك مما يــدل أخــذ الرومــان بنظريــة التعــسف في استعمال الحق حتى في ميدان العبيد. (2)

و. في حقل الملكية:

رأينا أن الأصل كان عن الرومان هو أن يستعمل المالــك حقــه ويــستغله ويتــصرف فيــه كيفما شاء، ولكن أصبح لهذا الحق قيود، فمــن يتــرك عقــاره متخربــاً بحيــث يــضر بــسلامة عقار الجار يعدّ متعسفاً.

---

[1] الذنون، حسن علي، مرجع سابق، ص385.

[2] زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ط3، 1977, ص 20.

ولقد عرف الرومان نظرية تبعية المخاطرة التي يعتبرها بعض الفقه وعلى رأسهم جوسران[1] جزءاً من نظرية التعسف باستعمال الحق، وعلى ضوئها أسس القضاء المعاصر مسؤولية أصحاب المصانع والمعامل وعما يحدث من اضرار الجوار وعلى ذلك فإن صاحب المصنع وإن كان له استعمال حقه على النحو الذي يوفر له أكبر استغلال غير أنه يُسأل عن الأضرار التي يلحقها بالجار بسبب ما يحدث له من مضار الدخان أو ما ينشأ عن إدارة المصنع من إقلاق وإزعاج ويرى اهرينج[2] أن على الجار تحمل مضايقات الدخان العادية أما الدخان غير العادي المنبعث من صناعة خاصة كما في مصنع تدخين الجبن فيتحملها صاحب المصنع.

وتترتب المسؤولية على المالك الذي يحفر في أرضه متسبباً في تصدع جدار الجار ولو كان ناشئاً عن استعمال الحق المجرد[3] ويرى لابيون[4] أن بإمكان المالك أن يهدم مجرى المياه التي بأرضه ولو أدى ذلك إلى حرمان الجار منها شريطة أن لا يكون ذلك بقصد الإضرار بالجار وأن يكون هدف المالك هو منع الضرر المتولد من جريان هذه المياه بأرضه".

ويرى الفقيه "سلس" أن لحائز الشيء الذي يشيد أبنية ومواد زينة وترف في العقار خطأ له نزع ما أحدث غير أنه يكون مسؤولاً عما يسببه من خدوش بالدهان وإتلاف بتكاليف الترف قصد إساءة مالكها والتعسف في الملك لما رآه من عجزه عن أخذها. وذلك طبقاً لمبدأ عدم وجوب الرحمة لسيء النية. [5]

---

[1]جوسران، روح القوانين، مرجع سابق، فقرة 17.

[2]الذنون، حسن علي، مرجع سابق، ص405 وما بعدها.

[3]سوار، وحيد الدين، مرجع سابق، ص99 فقرة 722.

[4]السرحان، عدنان وخاطر، حمد نوري- شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2000، ص407.

[5]جوسران، مرجع سابق، فقرة8.

ويرى نفس الفقيه أنه على القاضي أن يقضي بما يراه وذلك حسب تقديره لكل حالة بظروفها، فلا يجوز الأخذ بقاعدة واحدة معينة للحكم بمقتضاها بصورة آلية في مثل هذه الأحوال وقد قال الرومان أن القاضي الحسن يأخذ أحكاماً مختلفة حسب الأشخاص والمحاكمات.

ز. وفي ميدان التقاضي كان القانون الروماني يمنع التعسف في ولوج القضاء وقد أيَّد أوبيان ذلك بقوله "إذا رفع أحدهم دعوى ضدي بصفة غير مشروعة، وذلك بهدف الإضرار بي أستطيع متابعته أمام المحاكم بدعوى القذف.

ويعاقب هذا القانون بالتدابير القاسية على الغش في الأمانة والولاية والوديعة.

كما تنص مدونة جوستنيان على منع التقاضي السريع الذي يكون سببه التهور.

ح. وفي مجال التعاقد ظهرت آثار نظرية التعسف في استعمال الحق لاسيما في ميدان التضامن الإيجابي، إذ يستطيع أي دائن متضامن مطالبة المدين بسائر الدين فخوفاً من عرقلة حقوق باقي الدائنين وضع الفقهاء الرومان مبدأ المعارضة في النزاع[1] منعاً لإساءة استعمال هذا الحق.

وأخيراً فإن قاعدة من استعمل حقه فما ظلم لم يتم تأييد إسنادها فالمبادئ ذات المصادر المعروفة لا يفهم منها مثل ذلك وإنما تفسر بطرق أخرى ومنها المبدأ القائل "لا يبدو أنه يستعمل الخديعة من يستعمل حقه" والمبدأ القائل "لا يكون مسؤولاً عن الأضرار إلا من فعل ما ليس له الحق بأنه يفعله" ولا تؤدي هذه المبادئ جميعها إلى معنى (من استعمل حقه فما ظلم) بل يفهم منها أن من يستعمل حقاً ويضر بالغير فلا يفترض فيه نية

---

[1] عامر، حسين، مرجع سابق، ص20.

الغش أو هدف إحداث الضرر بغير حق إي يمكن إثبات عكس ذلك كما يمكن الحق على صاحبه، إما أن تقول أن من يستعمل حقه لا يمكن أن يكون مسيئاً لأنه لا يمكن اجتماع الحق والإساءة فيجب في هذا الصدد استبعاد الأفعال المكونة للجريمة وشبه الجريمة أي الإهمال غير المشروع. [1]

بقي أن نقرر أن الرومان عرفوا بعض القواعد التي تنسجم مع نظرية التعسف في استعمال الحق تماماً منها قول فقهائهم: "الخبث لا يستحق الرعاية" وقولهم "الغلو في الحق يصل إلى الظلم".

يمكننا أن نقرر لما تقدم ذكره أن القانون الروماني رغم كونه شكلياً متسماً بالفردية يبدو أنه لم يأخذ بنظرية التعسف ولكنه عند ازدهاره صار يميل لتحقيق فكرة العدالة وبدأ يأخذ بنظرية التعسف ويطبقها في عدة مجالات، كمجال الأسرة، ومجال المعاملات والتقاضي والتعاقد والملكية. ففكرة التعسف في استعمال الحق كانت معروفة في القانون الروماني وكانت قائمة على منع استعمال الحقوق بهدف الإضرار بالغير وإلحاق الأذى به.

المطلب الثاني

نظرية التعسف في القانون الفرنسي القديم

إن مفهوم التعسف الذي ظهر في القانون الروماني أصيب بنكسة واختفى في القرون الوسطى ولكن هذا الاختفاء كان مؤقتاً فما لبث أن عاد ذلك المفهوم إلى الظهور ثانية مع

---

[1] مصطفى، عمر ممدوح، القانون الروماني، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 1954، ص163، وزناتي محمود سلام، نظم القانون الروماني، دار النهضة، القاهرة، 1966، ص207.

عودة القانون الروماني بإحياء دراساته في القرن السادس عشر. ففي سنة 1939 نصت المادة (88) من أوامر فيلر على منع التقاضي الذي يتعارض مع المصلحة العامة. ثم كانت أهم تطبيقات نظرية التعسف هي تنظيم العلاقات بين الملاك والجيران، وقال كثير من الفقهاء الفرنسيين أمثال أبير[1] بما كان الرومان قد قالوا بأن المالك يحق له استعمال حقه فيما يتملك على ما يهوى كما أن له إقامة الأبنية والأغراس على النحو الذي يشاء، ولكن شريطة أن يكون ذلك بنية الإضرار بالغير أو أن لا يخلو ذلك من منفعةٍ حقيقيةٍ له، فليس لأحد من حق في أن يعمل في ملكه ما ليس له فيه منفعة بينما ينطوي على ضرر للغير.

وفي القرن السادس عشر وبعده صدرت عدة قرارات تمنع إقلاق الجيران وتحدد استعمال الحقوق فقد صدر قرار سنة (1570) يحرم على القصابين ذبح أو سلخ مواشيهم في المدن، والأمر القاضي سنة (1571) بطرد أحد الحدادين لأنه أعاق أحد مستشاري محكمة الاستئناف عن إنجاز أعماله بما يحدث من ضوضاء في صناعته الصاخبة. [2]

وكان يحتم على الجار مراعاة علاقات الجوار وما تعرضه من اعتبارات ناجمة عن المصلحة المتبادلة وتمليها روح الود والتسامح بأن يسعى الجار في التقليل قدر المستطاع من مضايقات جاره وبأن يتحمل الآخر بقدر المستطاع ما ينجم عن ذلك.

وكان القانون يمنع في المدن إنشاء صناعات من شأنها أن تجعل إقامة الجيران في مساكنهم لا تطاق. ولا يفهم من هذا المنع إغلاق جميع الأعمال التي قد تنشأ عنها

---

[1] الكزبري، مأمون، مرجع سابق، ص37.
[2] المختار، عطار، قانون العقود والالتزامات المغربي، مصادر الالتزامات، الطبعة2، 1999، ص306.

مضايقات إذ إن المصلحة الاجتماعية تقتضي أن يتحمل الفرد ولو بكيفية جزئية بعض أنواع هذه المضايقات.

ومن العادات المتبعة في ذلك الزمان حق المرء إقامة ما شاء في عقاره من أبنية وأغراس ولو حجبت النظر عن الجار أو سببت الظُلمة شريطة أن يكون ذلك لغرض حقيقي ولفائدة قائمة وليس لغرض كيدي. وللمالك الحق في كل ما يقيم بعقاره وكيفما يشاء وبالعلو الذي يريد مما قد يحجب الضوء عن جاره على أن هذا العمل جائز إذا لم يكن يقصد النكاية.[1] ويجوز للمالك أن يفتح من المطلات ما يشاء بشرط أن يكون ذلك لسبب مشروع وليس بقصد المضايقة.

وكل شخص يستطيع أن يمنع غيره من أن يتجاوز عليه بالبناء في ملكه ولكن هذا المالك يعتبر متعسفاً إذا ترك غيره يكمل ما أقامه من بناء ثم يطلب هدمه لأن هذا يفسر كونه يقصد الإضرار. ولهذا السبب فهو يحرمه من حقه في طلب هدم البناء الذي يجب أن يبقى حتى يتهدم من نفسه وكل ذلك بغير تعويض. [2]

ولا يجوز للملاك إقامة أبنية أو غرس أشجار بجوار طواحين الهواء التي يجب ترك الهواء الكافي لتثقيل أجنحتها ويجب إزالة هذه المباني أو الأغراس إذا كانت قد أقيمت بعد تشييد هذه الطواحين.

ويجب على من ينشئ زرائب لتربية المواشي أو من يبني حظائر لتربية الأرانب والدجاج والبط وغيرها أن يتعهد إزالة الروث وما يتخلف عنها من أقذار بطريقة تكفل له عدم الإضرار بالجيران بالرائحة غير المقبولة. وفي ميدان الاجتهاد القضائي هناك القرار

[1]سوار، محمد وحيد الدين، مرجع سابق، ص103.
[2]منصور، أمجد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ص376.

البرلماني في مدينة اكس الصادر في 1 فبراير (1577) الـذي يعاقـب حلاجـاً للـصوف كـان يغني طوال اليوم لا لشيء إلا رغبة في إقلاق محامٍ يسكن جواره. [1]

[1] سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، 2005، ص365، مرقص سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، ط4، مطبعة السلام، القاهرة، ص341.

المبحث الثاني

نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

عرفنا ان القانون الروماني – وهو القانون الأب بالنسبة للتشريعات الغربية – لم يعرف نظرية التعسف في استعمال الحق إلا في نطاق محدود وذلك لأن الرومان كانوا يقدسون الحرية الفردية ولا يفكرون في تقييد أعمال الإنسان بالمصلحة إلا بمجال ضيق، فهل الوضع نفسه في الشريعة الإسلامية؟ حتى نطلع على ذلك يجب بحث مفهوم الحق في الفقه الإسلامي أولاً ثم استعماله وأخيراً تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية. ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الحق في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الشرع الإسلامي

المطلب الأول

مفهوم الحق في الفقه الإسلامي

في الواقع إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يهتموا بوضع تعريف للحق رغم أنهم استعملوه بكثرة وأسهبوا في الكلام عنه، ومرد ذلك أنهم رأوه واضحاً فاستغنوا عن تعريفه كما يقول الشيخ علي الخفيف[(1)]. وأساس استعمال الحق له معنى الثبوت والوجوب وتشتق منه استعمالات كثيرة لا تخرج في جوهرها عن الحق.

[1)] الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، القاهرة، 1965، ص36.

وهناك أصوليون حاولوا تعريف الحق تعريفاً جامعاً فعرفه محمد بن عبدالحليم اللكنوي[1] بأنه: "حكم يثبت". وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه: "مصلحة مستحقة شرعاً"[2]. ووضع الشيخ مصطفى الزرقا للحق تعريفاً هو: "اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفاً" وعرفه أحمد فهمي بأنه: "هو ما ثبت فيه الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير[3]. وأهم ما تتميز به كل هذه التعريفات هي كون الحق حكماً وكونه مصلحة. ولذلك نرى أن نبحث بادئ ذي بدء عن الحق والحكم ثم نتبع ذلك بالبحث عن الحق والمصلحة.

الفرع الأول

"الحق والحكم"

عرف اللكنوى الحق كما رأينا بأنه حكم وكذلك فعل غيره كالبردوى ومحمد سلام مذكور. ويظهر اعتبار الحقوق أحكاماً من ناحيتين: من حيث تركيبها على أسبابها فهو حكم وضعي لأن الحكم بالسببية من خطاب الوضع، فأسباب الحقوق أسباب جعلية للحقوق المترتبة عليها[4]، وهذه الحقوق مسببات راجعة إلى الحاكم المسبب[5]. أما من الناحية الثانية لاعتبار الحق من الأحكام فيبدو من خلال أمر من عليه الحق بالقيام لصاحب الحق بما تضمنه، ونهي الكافة عن التعرض لصاحب الحق في حقه ومنعه منه وذلك في خطاب التكليف، وقد يجتمع خطاب الوضع مع طلب التكليف كحكم وجوب الضمان على الصبي

---

[1]اللكنوي، محمد عبدالحليم، قمر الأقمار على نور الأنوار، شرح المنار، ج2، ص216.
[2]الخفيف، علي، مرجع سابق، ص37.
[3]سليمان، علي علي، شرح القانون المدني الليبي، 1972، جامعة بني غازي، ص15.
[4]الخفيف، علي، مرجع سابق، ص204.
[5]الشاطبي، أبو اسحاق، الموافقات، ج1، ص193.

إذا أتلف مالاً لغيره. ونلاحظ أن الحق من هذه الناحية يشبه تعريف دابان" Dabin" له من حيث إنه استئثار بقيمة معينة. [1]

وإذا تبين كون الحق حكماً فان المنشئ "للحقوق هو الشارع" إِنِ الْحُكْمُ إِلّا لِلّه" والحقوق مسببات راجعة إلى الله تعالى فالعبد لا يملك شيئاً إلا ما أعطاه له خالقه انعاماً وتفضلاً منه سبحانه وتعالى، فالحقوق إذن منح إلهية لا يجوز التعسف في استعمالها.

وإن الحق بوصفه حكماً له حماية يقررها الشارع بما يضمن أصول صاحبه إليه وتمتعه به ويلزم الكافة باحترام ذلك الحق وعدم المساس به، وتتحقق الحماية بتكليف الغير باحترام حق صاحب الحق ولا يستكمل الحق وجوده إلا بالحماية وهي تعد ركناً من أركانه، فلا حق بلا حماية.

الفرع الثاني

الحق والمصلحة

عرّف الشيخ علي الخفيف الحق بأنه مصلحة ورأينا أن الكثيرين ينتقدون تعريف الحق بالمصلحة على أساس أن المصلحة هي الهدف من الحق، وليست هي الحق، ثم إن المصالح مسائل نفسية باطنية لا يجوز ربط الحقوق بها، ولكن الأستاذ سعيد أمجد الزهاوي[2] يرى غير ذلك، فهو يعتبر وجود التباس بين الحق ذاته واستعماله، فلو نظرنا إلى أي حق نرى مصلحة متمكنة فيه، ويدفع هذه المصلحة إلى الظهور في استعمال الحق،

[1] حزبون جورج، الصراف عباس، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، ط2، 2002، ص213.
[2] الزرقا، مصطفى، نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام في الفقه الإسلامي "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد" ص11.

فالغرض من استعمال الحق استثمار المصلحة التي يشتمل عليها. ثم إن المصالح في الحقوق هي اعتبار موضوعي مطلق لا يقاس بالنسبة لصاحب حق معين أو لظروفه، بل ينظر إلى وجود المصالح نظرة مجردة على الظروف الخاصة. أما في استعمال الحق فيظهر الاعتبار الشخصي لصاحبه وظروفه في استعماله، وعليه يمكن القول إن الحقوق مصالح مذخرة لحين الاستعمال، فإما أن يحسن استعمالها وإما أن يساء فيدخل في إطار التعسف في استعمال الحق. وبكل تواضع لا يتفق الباحث مع الدكتور الزهاوي في الرأي وأعتقد أنه لا داعي للتمييز بين الحق واستعماله في محاولة لتبرير تعريف الحق بالمصلحة، وذلك لأن المصلحة هي هدف الحق والغاية منه وثمرته، والغاية لا تأتي إلا بعد وجود الشيء، والثمار لا تقطف إلا من أصل الشيء فهي لا يمكن أن تكون معه داخلة في تعريفه. ثم إن التمييز بين الحق واستعماله غير دقيق لأنه توجد حقوق لا يمكن التعسف في استعمالها، كالسلطة الأبوية فأين هي المصلحة فيها؟ كذلك هناك حقوق الله تعالى التي لا يعقل تصور المصلحة فيها نظراً لغنى الله تعالى عن المصالح والمنافع.

ورغم ذلك فإن المصلحة باعتبارها غاية الحق الذي هو منحة إلهية تفيد في بيان المقاصد والأحكام. وهذه المقاصد ترجع إلى حفظ مصالح العباد في الدارين. وقد قسم العلماء مقاصد الشارع الكلية التي قصد الشارع حفظها في تشريع أحكامه إلى ضرورية وحاجية وتحسينية، فالتحسين والحاجي يكملان الضروري ويعتبر كل منهما خادماً له، وهو الأصل لهما، والضروريات خمسة، هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.[1]

أما المقاصد التفصيلية فبعضها منصوص عليه في الكتاب أو السنة وبعضها مجمع عليه، وقد يحقق استعمال الحق المصلحة، وقد لا يحققه فيصبح عقيماً بل وضاراً وفقد

---

[1] الزهاوي، سعيد أمجد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون والمحاكم القضائية، ص20.

مصلحيته ويبقى له مجرد مظهره وتنحسر عنه الحماية القانونية وذلك كمن يستعمل ملكه بقصد الإضرار في الغير.

ومن هنا تظهر أهمية اعتبار المقاصد في الحقوق وعلاقة ذلك بنظرية التعسف في استعمال الحق كما أن للتدرج في المصالح وتقديم بعضها على بعض أهمية في تلك النظرية عند تطبيق معيار عدم التوازن بين المصالح المتعارضة فتقدم مصلحة غير المتضرر شرعاً على مصلحة المستعمل لحقه. [1]

عرفنا الآن أن للحق مفهومين في الشريعة الإسلامية، فهو يعني أولاً الحكم وثانياً المصلحة، وهذا سيسهل علينا معرفة كيفية تحديد استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

إن الحكم هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع. وقد قسم الفقهاء خطاب الشارع إلى خطاب تكليف وخطاب وضع، وقسموا الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع:

الإيجاب، والندب، والتحريم، والكراهية، والإباحة، فإن ورد الخطاب باقتضاء الفعل فهو الإيجاب أو الندب وأن باقتضاء الترك مع الجزم فهو التحريم، وإلا فالكراهية، وإن ورد بالتخيير فهو الإباحة.

---

[1] الشاطبي، الموافقات،ج 2 , مرجع سابق، ص8.

أما الحكم الوضعي فهو ما وضعه الشارع معرفاً لحكمه بالإثبات أو النفي ويفيد تعلق شيء بآخر وأنواعه الحكم بالسببية والشرطية والمانعية، وكذلك الحكم بالصحة والبطلان وكون الحكم رخصة أو عزيمة.

وفيما يتعلق بالشرطية والمانعية والترخيص والبطلان فإن لها صلة بالتعسف فمن صور التعسف في استعمال الحق التحايل على إهدار الشرط أو تحقيق المانع أو افتعال سبب الترخيص، كما أن الإساءة في استعمال الحق قد توصف بالبطلان عند فريق من الفقهاء.

وللإلمام ببحث استعمال الحق في الإسلامي يجدر بنا أولاً دراسة القاعدة العامة القائلة بأن الأصل في استعمال الحقوق هو الإباحة، ثم الانتقال إلى البحث في حالات تقييد استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية. (1)

(1) عيد، خالد عبدالله، النظرية العامة للشريعة الإسلامية، جامعة فاس بالمغرب، 1974، ص89.

الفرع الأول

الأصل في استعمال الحقوق هو الإباحة

رأينا ما هي الأحكام التكليفية الواردة على استعمال الحقوق، والآن نتناول القاعدة القائلة بأن الأصل هو الإباحة، فالإباحة أنواع:[1]إباحة أصلية وهي التي لم يعرض لها الشرع بصورة صريحة، وإباحة شرعية، صرح بها الشرع بالتخيير، وأن ما سكت عنه الشارع حكمه هو الإباحة الأصلية استناداً للأدلة العامة كقوله تعالى:"وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً"[2] وقوله: "قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق"[3] وقوله: "قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة"[4]. فهذه الآيات الكريمة تدل على أن الأصل في مباشرة المصالح هو الإباحة ما لم يرد الدليل بعكس ذلك. أما ما ورد فيه دليل شرعي خاص، فهو غالباً ما يفيد جواز استعمال الحق أو تركه. ويقول الإمام الشاطبي[5] فيما كان للإنسان فيه من حظ عاجل: "أنه كثيراً ما يأتي في معرض الإباحة". ويقول الشاطبي "وقد يسلم أن المباح يصير غير مباح بالمقاصد والأمور الخارجية". و "أن المباح من حيث هو مباح غير مطلوب بالفعل ولا الترك بالخصوصية".

وكقاعدة مما تقدم نستطيع القول إن لصاحب الحق أن يستعمله أو لا يستعمله حسب مشيئته. وله أن ينتفع بكل المكنات التي يمنحه إياها حقه على الوجه الذي يحلو له ما لم يرد الدليل على الحظر خلافاً لما ترى بعض التيارات الفقهية المعاصرة من أن الحق وظيفة اجتماعية وأن استعماله هو من قبيل أداء الوظائف والقيام بالواجبات.

---

[1] الشاطبي، الموافقات، ج1، ص128.
[2] سورة البقرة، الآية 29.
[3] سورة الأعراف، الآية 32.
[4] سورة الأنعام، الآية 145.
[5] الشاطبي، الموافقات،ج 2, ص180.

وقد يعتقد بعضهم أن الشريعة الإسلامية تعطي الحقوق على إطلاقها ولكن الأمر غير ذلك. فإن قيود استعمال الحق كثيرة ومحكمة، والرقابة على استعمال الحق صارمة وشاملة، والجزاء على خرق تلك القيود وفي مقدمتها التعسف في استعمال الحق لا مهرب منه، وهذا ما سنراه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

تقييد استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية

إن الأصل في استعمال الحقوق هو الإباحة، وإن إخراج استعمال الحق عن إباحته إلى الحظر هو تقييد لذلك الاستعمال، وترد نظرية التعسف في استعمال الحق في المرتبة الأولى لهذا التقييد، ولا يؤكد حقاً مطلقاً في الشريعة الإسلامية[1]. فالحقوق كلها مقيدة في استعمالها بالمقاصد والنتائج والطرق، ومرجع تقييد الحقوق في الإسلام كونها منحاً من الله تعالى إلى عباده خلافاً لفكرة الحق الطبيعي التي يبرر بها إطلاق الحقوق الشخصية.

كذلك يبرر التقييد في الشريعة الابتلاء في أفعال المكلفين وما يستتبع من وضع حدود لتلك الأفعال ليظهر المطيع من العاصي في التزامها أو تخطيها ثم إن وجود مقاصد للشارع في منح الحقوق له أثره في تقييد استعماله، إذ يتقيد صاحب الحق بألا يناقض في استعماله لحقه تلك المقاصد. ومن أسباب تقييد الحقوق في الشريعة الإسلامية كون الإنسان خليفة لله تعالى في أرضه، فقد قال تعالى: "ويستخلفكم في الأرض فينظر كيف تعملون"[2]

---

[1] الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص13.
[2] سورة الأعراف، الآية 129.

وقال: "وهو الذي جعلكم خلائف الأرض فرفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما أتاكم"[1]. ويقول الشاطبي إن العبد يجب: "أن يكون خليفة الله في إقامة المصالح"[2] فالمطلوب من العبد أن يكون قائماً مقام من استخلفه يجرى أحكامه ومقاصده مجاريها.

ومن أسباب تقييد الحقوق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي، فميزان العدالة في الشريعة ميزان دقيق كامل توزن به جميع الأفعال في مختلف الجهات.

وان تقييد الحقوق فيه حماية للمجتمع من مخاطر استعمالها استعمالاً تعسفياً أو خبيثاً ولكن الشريعة لا تبالغ في تقييدها إلى حد يعدمها أو يشلها ولا تضحي بالأفراد باعتبارهم (عناصر) لا استقلال لها داخل المجتمع، بل هي تحفظ للفرد كيانه المستقل وتعسفه بحقوقه بشكل معتدل، فهي تقيم التوازن بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة.

المطلب الثالث

تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الشرع الإسلامي

يجدر بنا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الأول النصوص التشريعية التي عرضت للتعسف من قرآن وحديث وآراء فقهية، وفي الفرع الثاني نعرض لبعض حالات تقرير التعسف في الشريعة.

---

[1] سورة الأنعام، الآية 165.

[2] الشاطبي، الموافقات، ج2، ص331.

الفرع الأول

النصوص التشريعية

سنتناول في هذه الفقرة بحث بعض الآيات القرآنية التي حرمت التعسف ثم الأحاديث الشريفة التي تتعلق بالتعسف وأخيراً الآراء الفقهية.

الفقرة الأولى: القرآن الكريم

إن الكتاب المقدس موضوع لصالح العباد إطلاقاً، وقصد الشارع هو المحافظة على الضروريات وما يرجع إليها من حاجيات، وهو ما كلفه الله للعبد فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد إلى ذلك، فمن يرمي في تكليف الشريعة إلى غير ما وضعت له يكون قد ناقضها وعمله باطل. وهدف الشريعة هو تحقيق المصالح ودرء المفاسد وأحكامها كلها مبنية على العدل والإحسان، يقول الله تعالى: "وأحسن كما أحسن إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين".[1]

ويقول كذلك عز وجل: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان"[2] ويقول: "أن رحمة الله قريب من المحسنين"[3].

ويقول: "فمن عفي له من أخيه شيء، فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان"[4]. ويقول تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"[5]. ويقول: "ولا تنسوا الفضل بينكم"[6]. هذه بعض الآيات الكريمة التي يطلب فيها من العباد التعامل بالعدل والإحسان ونبذ التسلط والتعسف.

---

1) سورة القصص، الآية 77.
2) سورة النحل، الآية 90.
3) سورة الأعراف، الآية 56.
4) سورة البقرة، الآية 178.
5) سورة البقرة، الآية 280.
6) سورة البقرة، الآية 237.

الفقرة الثانية: الأحاديث الشريفة

ورد عن رسول الله(ρ) وهو يوصي معاذ بن جبل: "أوصيك بتقوى الله وصدق الحديث ووفاء العهد وأداء الأمانة وترك الخيانة وحفظ الجار ورحمة اليتيم ولين الكلام وبذل السلام وخفض الجناح"[1].

وقال عليه الصلاة السلام: "خصلتان ليس فوقهما شيء من الشر، الشرك بالله والضر بعباد الله، وخصلتان ليس فوقهما شيء من البر، الإيمان بالله والنفع لعباد الله".[2]

وقال (ρ): "فمن أنظر معسراً أو ترك له حاسبه الله حساباً يسيراً"[3]، وقال عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– وهو على المنبر: "سمعت رسول الله (ρ) يقول: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"[4].

وروي عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه– أن رسول الله (ρ) قال: "لا ضرر ولا ضرار" رواه البيهقي والحاكم والدادقطني.

الفقرة الثالثة: الآراء الفقهية: عني فقهاء الشريعة الإسلامية بتخريج القواعد الفقهية المتعلقة بإساءة استعمال الحق.

فمن حيث المبدأ أقر الفقهاء مبدأ "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وقد جاء في المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية أنه: "لو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها حيوان وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً والسبب في ذلك أن مالك الأرض الذي يحفر في ملكه بئراً يكون قد مارس حقاً أجازه له الشرع وهذا الجواز من شأنه أن يرفع عنه مسؤولية الضرر الذي

[1] الغزالي، أبو حامد أحمد، احياء علوم الدين، الجزء2، طبعة 1352، ص174.
[2] البخاري، الصحيح، فتح الباري، شرح صحيح البخاري للحافظ بن حجر العسقلاني، ج1، ص6.
[3] الغزالي، ص73.
[4] البخاري، ص7.

أصاب مالك الحيوان بسبب سقوطه فـــي البئـــر المحفـــور وهلاكـــه[1]. وتطبيقـــات مبـــدأ منافـــاة الجواز الشرعي للضمان عديدة ولا حصر لها ولا مجال لذكرها هنا.

ومن القواعد والأحكام الفقهية أيضاً" درء المفاسد أولـــى مـــن جلـــب المنـــافع" وأيـــضاً "إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع" وكذلك "الضرر يـــزال" أو "يـــدفع الـــضرر الفـــاحش بـــأي وجه كان". ومن أحكام الشريعة الغراء أنه "لا يمنـــع أحـــد مـــن التـــصرف بملكـــه إلا إذا كـــان ضرره لغيره فاحشاً".

ويروى عن ابن حزم الأندلسي قوله: "لا يجوز لأحـــد أن يـــدخن علـــى جـــاره لأنـــه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم".[2]

وأن القواعد الفقهية في هذا المجال كثيرة ومتعددة ولكننا ســـنكتفي بالقـــدر الـــذي أوردنـــاه لأنه كاف لبيان التقدم الذي عرفه فقهاء الشريعة في ميدان التعسف في استعمال الحق سابقين بـــذلك القوانين الغربية بسنين طويلة.

---

[1] الكزبري، مأمون، مرجع سابق، ص3.

[2] ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار، ج4، ص245.

الفرع الثاني

بعض حالات تقرير التعسف في الشريعة

سنتعرض في هذا الفرع لأهم التطبيقات لنظرية التعسف في استعمال الحق حسبما عرفتها الشريعة الإسلامية أي لمجال تطبيق نظرية التعسف من باب لبعض الأمور الهامة مع التركيز بشكل واضح على تطبيق النظرية في نطاق حق الملكية فنجد تطبيق النظرية أولاً في مجال عقود المعاوضات إذ قال جلّ في علاه: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم"[1].

وفي نطاق البيوع التعسفية المنهى عنها ما ورد في حديث أبي هريرة –رضي الله عنه– عن رسول الله (ρ)أنه قال: "لا تلقوا الركبان ولا يبيع بيعكم على بيع بعض، ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد". أخرجه الشيخان وأبو داوود والنسائي". ويشير الحديث بوضوح إلى أربعة صور من صور البيوع المنهى عنها لعدم التعسف وهي تلقي الركبان والبيع على البيع والنجش وبيع الحاضر للبادئ.

ناهيك عن النظرية في نطاق السلطة الزوجية والعقود (كالشركة، والوكالة، والعارية، والإجارة) والأهم من هذا وذاك بيان نطاق النظرية في حق الملكية.

النظرية التعسفية في حق الملكية: سنتوقف قليلاً عند حق الملكية لأنه أكثر الحقوق تعرضاً للتعسف وسنعرض للملكية أولاً ثم لحقوق الجوار باعتبارها ميداناً خصباً لتطبيق نظرية التعسف.

---

[1] حسين عامر، المرجع السابق، 30.

الفقرة الأولـــى: الملكيـــة: إن صـــاحب الملـــك يملـــك حـــق اســـتعمال شـــيئة واســـتغلاله والتصرف فيه كيفما يشاء، ولا يُمنع الشخص مـــن التـــصرف فـــي ملكـــه علـــى الوجـــه الـــذي يرغب مالم يضر بغيره ضرراً فاحشاً. [1]

والضرر الفاحش هو كل ما يمنـــع الحـــوائج الأصـــلية أي المنفعـــة المقـــصودة، فالأصـــل هو أن يستعمل المالك ملكه على الوجه الأكثر إطلاقاً لأنه يتـــصرف فـــي خـــالص ملكـــه، ولكـــن إذا تعدى المالك حدود ملكه أثناء تصرفه فيه يشكل الحق ضـــرراً فاحـــشاً بـــالغير كـــأن يتـــسبب في هدم عقار الجار أو يوهنْ البنـــاء بـــسببه أو يخـــرج عـــن الانتفـــاع بـــشكل كلـــي. أو يمنـــع الحوائج الأصلية كسد الضوء كلية او ما يضر البناء أو يمنع السكنى لكثرة الدخان.

ولا يعتبر ضرراً فاحشاً منع المنـــافع التـــي لا تـــدخل ضـــمن الحـــوائج الأصـــلية كمنـــع دخول الشمس لكن سد الضياء بالكلية يعتبر ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجـــل بنـــاء فـــسد بـــسببه نافذة في بيت جاره وصار بسببه لا يستطيع القراءة من الظلمة ولـــم يحقـــق المالـــك نفعـــاً كبيـــراً من البناء، فإن للجار أن يكلف المالك برفع البنـــاء للـــضرر الفـــاحش. أمـــا إذا قـــال الجـــار أن البناء قد سدّ الضياء من الباب فلا يسمع لقوله – لأن بـــاب البيـــت يغلـــق للبـــرد ولغيـــر ذلـــك– ولكن إذا كان بهذا البيت نافذتان فسدّ إحداهما بسبب البناء فلا يعدُّ ضرراً فاحشاً. [2]

وإن رؤية مقر النساء كصحن الدار والمطبخ يعد ضرراً فاحشاً، فـــإذا أحـــدث رجـــل فـــي داره نافذة أو أقام بناء وجعله نافـــذة أو مطـــلاً يطـــل علـــى مقـــر نـــساء جـــاره الملاصـــق أو الفاصل بينهما طريق فإنه يُؤمر بسدها لأن الـــضرر فـــي ذلـــك بـــين وظـــاهر, أمـــا إذا كانـــت النافذة لإدخال النور فقط أو كانت فوق قامـــة الإنـــسان فلـــيس للجـــار أن يكلفـــه بـــسدها علـــى

---

[1] العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، ط1، 2000، ص219.
[2] الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص153 وما بعدها.

احتمال أن يضع سلماً وينظر إلى مقر النساء، وذلك لأنه لا اعتبار للتوهم[1]، ولا تعتبر الحديقة مقراً للنساء.

وقد أفتى بالقياس على ذلك بأن الدار إن كانت مجاورة لعدة دور وأراد صاحبها أن يبني تنوراً للخبز الدائم كما هو الحال في الدكاكين، أو رحى طاحون، لا يجوز ذلك لأن هذا يضر بالجار ضرراً فاحشاً لا يمكن الاحتراز منه، ولو جعل حماماً وتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه إلا إذا كان دخان الحمام مثل دخان الجيران[2]، وإذا غرس شخص أشجاراً في عقاره فامتدت فروعها وأغصانها لتشغل هواء ارض جاره وأخذت به ضرراً فاحشاً، فإن الغارس يلزم بتفريغ هواء أرض جاره من فروع ما غرسه، وحيث أضر ذلك بالجار، إما بشدِّ الفروع بحبل إن أمكن وإلا فبالقطع وإذا كان الجدار مشتركاً بين جارين وأراد أحدهما بناءه وتعليته عن قديمه قاصداً بذلك منع الهواء والنور عن جاره فلا يجوز له ذلك خصوصاً انه لا يحق لأحد الشريكين في الحائط المشترك أن يبني فوقه دون إذن شريكه.[3]

ولا يجوز لصاحب الدار التي لها باب على الطريق أن يفتح باباً على زقاق غير نافذ بغير إذن أهله ويكون لصاحب الزقاق منعه لأن الطريق غير النافذ لا يجوز التصرف فيه بإحداث شيء مطلقاً، سواء اضر أم لم يضر إلا بإذن أربابه لأنها مملوكة لهم سيما وأن باب داره يفتح في درب آخر.

وإذا قام شخص بإحداث بناء في الطريق العام فإن ذلك جائز إن لم يضر بأحد، ولم يمنع منه. ومع ذلك فإن كل واحد من أهل الخصومة ولو كان ذمياً أن يمنعه من الأحداث

---

[1] العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص221.
[2] الغزالي، مرجع سابق، ج2، ص195.
[3] الزهاوي، مرجع سابق، ص394.

في الأصل وأن يطالبه بالرفع أي بقض ما أحدث بعد ذلك مالم يكن في هذه الحالة بإذن الإمام. فإذا أحدثه بإذنه ولم يؤد ذلك إلى تضييق في الطريق أو الأضرار بأحد لا يجوز لأحد أن يمنعه أو يطالبه بالنقض، وقال الفقهاء لا نقض بخصومة من له نظير المحدث لأنه تعد فلو أراد منع الضرر لبدء بنفسه. (1)

وإذا أحدث رجل بناء في شارع عمومي وهو حرم البلد، عالماً بذلك، جاز لكل واحد مطالبته بدفعه، ويجبر على رفعه وإذا لم يضر. (2)

والقاعدة الفقهية تعتبر أن الضرر لا يكون قديماً: فلا فرق بين الضرر القديم والحديث لأن العلة كامنة في الضرر البين، فلا يجوز الدفع بعدم الضرر، والضرر الفاحشُ يزال ولو كان قديماً ولا مجال لتطبيق التقادم المسقط في هذا المجال.

وأن للشخص المُبيح أن يرجع عن إباحته للضرر فالضرر ليس لازماً بالإذن والرضى، وللمبيع حق الرجوع عما كان قد أباح من عمل ضار.

الفقرة الثانية: مضار الجوار: قال الرسول (ρ):" لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه". (3)

وقال: "أَتَدْرُونَ مَا حَقُّ الْجَارِ؟ إِنِ اسْتَعَانَ بِكَ أَعَنْتَهُ، وَإِنِ اسْتَقْرَضَكَ أَقْرَضْتَهُ، وَإِنِ افْتَقَرَ عُدْتَ عَلَيْهِ ، وَإِنِ مَرِضَ عُدْتَهُ، وَإِنْ مَاتَ اتَّبَعْتَ جَنَازَتَهُ، وَإِنْ أَصَابَهُ خَيْرٌ هَنَّأْتَهُ، وَإِنْ أَصَابَتْهُ مُصِيبَةٌ عَزَّيْتَهُ، وَلا تَسْتَمِلْ عَلَيْهِ بِالْبِنَاءِ، فَتَحْجُبَ عَنْهُ الرِّيحَ إلا بِإِذْنِهِ، وَإِذَا اشْتَرَيْتَ

(1) سوار، محمد وحيدالدين، مرجع سابق، ص213.
(2) الغزالي، مرجع سابق، ص191.
(3) سوار، ص214.

فَاكِهَةً فَأَهْدِ لَهُ، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَأَدْخِلْهَا سِرًّا، وَلا يَخْرُجْ بِهَا وَلَدُكَ لِيَغِيظَ بِهِ وَلَدَهُ ، وَلا تُؤْذِهِ بِقُتَارِ قِدْرِكَ إِلا أَنْ تَغْرِفَ لَهُ مِنْهَا".[1]

من هذا الحديث يتبين لنا ما يجب أن يسود علاقات الجوار من تفاهم وود وإلى أي حد يتعين الامتناع عن كل ما يؤذي الجار أو يسيء إليه ولو كان فيما يجريه الشخص نفعاً خالصاً له.

كما أن الفقهاء ذهبوا إلى منع مضار الجوار قضاء وقد اشترطوا أن يبلغ الضرر حداً من الجسامة كي يحكم بمنعه – والمعيار هنا بالضرر البين الفاحش وهو ما أشرنا إليه سابقاً. والمعيار الذي وصفوه في تقدير جسامة الضرر هو معيار موضوعي المعتبر فيه هو آثار العمل الضار بالنسبة لإعداد العقار ومنافعه المخصص لها[2]. ولم يأخذوا بمعيار شخصي يخص كل مالك والنظر إلى حالته وظروفه الخاصة، وقد اعتبر فقهاء الشافعية أن ما يجب أن يأخذ به هو الضرر الحاصل بما يضر الملك لا المالك كما يستبعد التقديرات الشخصية لأنه من العسير إلزام كل جار بمراعاة الظروف الخاصة بجاره من كبر في السن إلى مرض إلى نقصان في الأهلية إلى غير ذلك.

فاستعمال المالك لملكه على نحو يسبب الضرر بحقوق جاره يعدّ تعسفاً ويوجب إزالة الضرر وفقاً لمعيار موضوعي في الشرع الإسلامي.

وخلاصة لما تقدم فإن نظرية التعسف في استعمال الحق عَرَفت نماءً وازدهاراً كبيرين في الشريعة الإسلامية وقد وضع لها الفقهاء قواعد وضوابط متينة موفقين بين حق الفرد وحقوق الجماعة وذلك قبل أن تعرف هذه النظرية في الغرب بقرون عديدة.

---

[1] العبيدي، علي هادي، ص222.
[2] الزهاوي، ص395.

المبحث الثالث

النظرية في التشريع الحديث المقارن

إن نظرية التعسف في استعمال الحق أصبحت اليوم تكتسي أهمية كبيرة ولها تطبيقات في مجالات شتى. وهناك عدة اتجاهات في الأخذ بهذه النظرية، فهناك تيار موضوعي وتيار شخصي ومذهب موفق. وسوف نحدد في المبحث مختلف هذه الاتجاهات فنقسمه إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول موقف القانون الفرنسي الحديث كنموذج لاتيني لغايات الدراسة المقارنة ثم موقف القانون الألماني كنموذج جرماني وأخيراً نعرض لموقف القانون الأردني مدعماً بنصوص بعض التشريعات العربية كالمصري والسوري وغيرهما وفق مقتضى الحال وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

القانون الفرنسي الحديث

لقد عرف القرن الثامن عشر تغيرات وتحولات هامة في فرنسا، فقد ظهرت آراء فلسفية مطالبة باعتناق الحرية الفردية ومنح كافة الحقوق للمواطنين، وإطلاق يده ليعمل ما يشاء في ظل مبدأ "دعه يعمل دعه يمر" وقد تبنى هذه الآراء الفلاسفة(فولتير ومونتسيكو و ديدرو ورسو) وقد وضع هذا الأخير كتابه الشهير العقد الاجتماعي" وذكر فيه أن هناك حقوقاً طبيعية سرمدية سابقة في الوجود على الوجود الإنساني ولا يجوز تضييق هذه الحقوق أو تحديدها، ومن هذه الحقوق حق الحرية وحق الحياة وحق الملكية، وقد تبلورت هذه الأفكار بالثورة الفرنسية التي قامت سنة (1789)، وقد جاء(تقنين نابليون الكبير)

لسنة (1804) مشبعاً بالفلسفة الفردية، وبهذا تقلصت نظرية التعسف، فبعد أن كان القانون القديم يعرفها ويطبقها اندحرت بعد صدور القانون المدني المتأثر بالروح الفردية، واعتقد بعضهم أن مدونة نابليون تكفي لكل شيء فهي جامعة مانعة، أما القضاء فقد سبق الفقه إلى ملاحظة خطورة الوضع وذلك بحكم اتصاله بالحياة وتحت ضغط الواقع العملي ذهب إلى مجابهة إطلاق الحقوق الفردية وتطبيق مفاهيم التعسف ثم وافقه الفقه في ذلك بعد مطلع القرن العشرين وأصبح يسايره في خطواته. وتحت تأثير القضاء والفقه ظهرت نصوص تقضي بإلحاق الجزاء بالمتعسفين، وسنعرض لنظرية التعسف في النصوص التشريعية أولاً ثم في الاجتهاد القضائي وذلك في فقرتين: [1]

الفقرة الأولى: النصوص التشريعية

إن القانون الصادر بتاريخ (27) إبريل (1956) يعاقب ليس فقط لا رفض التشغيل لأسباب الانتماءات أو عدم الانتماءات النقابية ولكن العزل التعسفي أيضاً أي الذي سببه الانتماء النقابي أو عدمه أو النشاط النقابي.

ونجد في المادتين (1869) و (1870) من القانون المدني فكرة للتعسف فيما يتعلق بحل شركة الأشخاص لمدة غير محدودة. فمثل هذه الشركة يمكن أن تنتهي عند تنازل كل الأعضاء شريطة أن يكون التنازل بحسن النية وليس في وقت غير مناسب" وفي ميدان الإيجار يعدّ تعسفاً رفض إيجار طابق بدعوى أن المستأجر له أطفال ويعاقب عليه حسب قانون (5) فبراير (1941).

---

[1] بوريس ستارك، الالتزامات، القانون المدني، باريس، ص1972، ص129.

وقانون فاتح شتنبر (1948) المتعلق بالاستئجار للسكنى في عمارات قديمة يقرر في حالات استثنائية حق استرداد للمؤجر ضد المستأجر وينص في مادته الواحدة والعشرين "بأن الاسترداد الذي يقع بهدف الإضرار بالمستأجر أو الذي يخرق مقتضيات القانون يكون غير مقبول".[1]

وتحرم المادة (179) من القانون المدني سوء استعمال حق المعارضة في الزواج، فالمعارضة الحاصلة بهدف المضايقة ولو لم تكن بنية الغش تلزم المعارضين (باستثناء الأصول) بالتعويض عن الأضرار.

وتنص المادة (618) من القانون المدني الفرنسي على انتهاء حق الانتفاع بمجاوزة المنتفع الحد في الانتفاع والأمر متروك للقاضي ليقدر ظروف كل حالة.

وجاء في المادة (701) من القانون المدني الفرنسي على أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير حالة الأمكنة ولا أن ينقل استعمال الارتفاق إلى مكان آخر غير المكان الذي عين له أولاً ولكن إذا كان التعين الذي حصل أولاً قد أصبح أكثر عبئاً على مالك العقار المثقل بالارتفاق، أو كان يمنعه من إجراء الاصلاحات المفيدة جاز له أن يعرض على مالك العقار الآخر مكاناً يفي بالغرض المطلوب لاستعمال حقوقه وليس لهذا الأخير رفض ذلك، فحسب هذا النص يكون مالك العقار المرتفق متعسفاً في استعماله لحقه إذا رفض طلب مالك العقار المرتفق به لإقامة التغييرات المفيدة لعقاره المثقل بالارتفاق طالما أنه لا ينجم عنها أي ضرر لعقاره المرتفق، بينما فيه منفعة للعقار المرتفق به وهو ضروري له".[2]

---

[1] حسين، عامر، مرجع سابق، ص64.
[2] الكزبري، مأمون، مرجع سابق، ص11.

وأثناء تعديل المادة (1153) من القانون المدني في (7) إبريل (1900) أخذ المشرع بنظرية التعسف في استعمال الحق فنص في الفقرة الرابعة من هذه المادة على أنه: "يجوز للدائن الذي أحدث له مدينه المتأخر في الوفاء بسوء نية ضرراً مستقلاً عن التأخير أن يطلب فوائد التأخير".

وفي المهلة القضائية التي قررتها المادة (1244) جاء في العبارة الأخيرة منها: "يجوز للقضاء في أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط أو بمعيار لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين" وما هذا إلا تطبيق لمبادئ نظرية إساءة استعمال الحقوق للدائن من استعمال حقه في صرامة وعنف. [1]

وقد منعت المواد (1699–1701) من القانون المدني المضاربين والمرابين عن شراء الديون والحقوق المشكوك فيها ثم ملاحقتهم المدين بغير رحمة.

وفي عقد الوكالة يجوز للوكيل عزل نفسه في أي وقت يشاء. ولكن المشرع قيد هذا الحق في المادة (1991) بأنه لا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة في وقت غير لائق حتى لا يلحق ضرراً بالموكل نتيجة لذلك إلا إذا تعذر عليه أداء الوكالة دون أن يناله ضرر جسيم. وهذه هي بعض النصوص الواردة في القانون المدني الفرنسي التي تتعلق بالأخذ بمبادئ نظرية التعسف في استعمال الحق والآن ننتقل إلى دور الاجتهاد القضائي.

الفقرة الثانية: الاجتهاد القضائي

لقد سبق القضاء القانون في بناء نظرية التعسف في استعمال الحق، وفيما يلي نورد بعض التطبيقات القضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في فرنسا.

---

[1] بوريس ستارك، مرجع سابق، ص126.

هناك أحكام قضائية عدة في الاستعمال التعسفي لحق الملكية، وهكذا فقد حكمت محكمة كولمار بتاريخ (2) ماي (1855) على شخص بنى في عقاره مدخنة لا لشيء إلا ليحرم جاره من التمتع بنور الشمس بإزالة هذه المدخنة[1]، وكذلك حكمت محكمة شامبيري بتاريخ 21 يوليوز(1914) على مالك وضع مقابل النوافذ الجارية بملك جاره تمثالاً يمثل مشنوقاً "بشع المنظر" وطلبت المحكمة إزالة هذا التمثال، وكذلك قضت محكمة النقض بتاريخ (1915) في الثاني من غشت على مالك بجوار مكان لهبوط المناطيد وضع في ملكه عواميد فولاذية دون أن يكون فيها أية منفعة وذلك بقصد الإضرار بملاحة المناطيد فقررت المحكمة غزالة هذه الأعمدة.[2]

وقد اعتبر القضاء تعسفياً غرس طحالب بجانب نافذة دون وجود فائدة للمالك قرب عقار الجار وذلك لمنع مرور الضوء من نافذة في عقار الجار. [3]

وقد صنف بعض رجال القانون[4] القضايا التي وردت فيها تطبيقات نظرية التعسف إلى مجموعتين: ما كان فيه استعمال الحق لمجرد الإضرار، وما لم يكن فيه قصد الإضرار وإنما استعمل الحق بصورة غير صحيحة بلا عناية ولا حذر. ومن بين القرارات التي قررت منع التعسف كمبدأ عام قرار محكمة النقض الصادر في (26) دجنبر (1893) [5]، إذ جاء فيه: "إذا كان استعمال إحدى الماكنات القانونية كمبدأ لا يكون خطأ ولا يبرر بالتالي حكماً حسب المادة (1283). فإن الأمر بخلاف ذلك عندما ينحط استعمال مثل تلك المكنة إلى تعسف".

---

[1] محكمة كولمار، 2ماي 1852، حكم مذكور في بوريس ستارك الالتزامات، ص126.
[2] محكمة النقض الفرنسية، حكم مذكور في بوريس ستارك الالتزامات، ص156.
[3] محكمة باريس المدنية بتاريخ 20 يناير 1964، حكم مذكور في بوريس ستارك، ص127.
[4] جوسران، روح القوانين، فقرة 7.
[5] حكم مذكور في بورس ستارك، الالتزامات، ص127.

وصفوة القول إن القانون الفرنسي الحديث بنظريـــة التعــسف فـــي اســـتعمال الحـــق كمـــا رأينا وطبقها على مختلف فروع القانون الخاص وكــذلك فعــل الاجتهـــاد القــضائي ونلاحــظ ان المعيار الذي أخذه القانون الفرنسي هو معيار موضوعي يتعلـــق بعمـــل يـــضر بـــالغير وبـــروز هذا العمل إلى حيز الوجـــود دون الاكتفـــاء بالبواعـــث والنوايـــا، فقـــد ذهـــب القـــانون ومعـــه الاجتهاد القضائي إلى اعتبار التعسف قائماً عند تغيير الحق عـــن غايتـــه الطبيعيـــة ولكـــن هـــذا لا يعني أن القانون الفرنسي يعتبر بالباعث فالواقع أن هنـــاك نـــصوصاً أخـــذت بالنوايـــا ولكنهـــا ضئيلة.

المطلب الثاني

القانون الألماني

لقد عرف القانون الألماني كغيره من القوانين الأجنبية نظرية التعسف في استعمال الحق، وقد كان سابقاً في بلورة نظرية التعسف حيث أعطاها شكلاً إيجابياً فقد نصت المادة (226) مدني ألماني على أنه: "لا يجوز استعمال الحق عندما لا يكون هنالك غرض آخر سوى الاضرار بالغير". فهذا النص صريح بإدخال نظرية التعسف في استعمال الحق في بنود القانون باعتبارها نظرية مستقلة, ولو من أضيق الحدود, وهو حالة استعمال الحق بمجرد قصد الإفراز بخلاف الوضع في التشريع الفرنسي حيث وردت أحكام النظرية في مواد متفرقة ولم تقنن في مادةٍ واحدةٍ.

غير أن المشكلة التي طرحت هي في صعوبة التوفيق بين المادة (226) المشار إليها أعلاه والمادة (826) من ذات القانون التي جاء فيها: "كل ما يلحق بغيره متعمداً ضرراً بطريقة تتعارض مع الآداب يلزم بإصلاح هذا الضرر". وقد احتدم الخلاف بين رجال القانون في التوفيق بين المادتين، فمنهم[1] من يرى أن المادة (826) تحدد المراد بالمادة (226) ذلك أن الأولى تقتصر على الضرر العمد بينما الثانية تكتفي بإيراد الضرر في استعمال الحق، ومنهم من يرى أنها مكملة لها بحيث تشمل حالات غير مذكورة في المادة الثانية وهي بذلك تتم أحكام المادة (226)، فمنهم من يرى أن المادة الثانية لا علاقة لها بمفهوم التعسف[2]. ويرى الباحث رجحان الرأي الأخير لأن المادة (226) تتحدث عن التعسف بينما تتناول المادة (826) مفهوم الضرر الذي يعتبر جزءاً من شروط تحقق المسؤولية التقصيرية بشكل عام.

---

[1] سالي، النظرية العامة للالتزامات، فقرة (310) مشار إليه في الكزبري، مأمون، ص14.

[2] الكزبري، مأمون، مرجع سابق، ص14.

يتبين لنا مما سبق أن معيار التعسف في التشريع الألماني معيار ضيق يقتصر على وجود قصد الإضرار وتعمد الإساءة للغير، فلا بد حتى يتسم استعمال الحق بطابع تعسفي من التأكد من كون الشخص الذي يمارس حقه إنما قصد من وراء ممارسته لهذا الحق إلحاق الأذى بالغير. فمعيار التعسف في القانون الألماني هو معيار شخصي يعتمد على البواعث والنوايا وهو يضيق من مدى نظرية التعسف.

وفي هذا الصدد نلاحظ أن المادة (1295) من القانون النمساوي وفي فقرتها الثانية تنص على أنه: "يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تتنافى مع الآداب وبنية باهظة في الإضرار بالغير". وهذه المادة مزيج من النصين الألمانيين المذكورين مع الاكتفاء بالنية الظاهرة في الإضرار دون اشتراط كونها الغرض الوحيد والمادة (226) من القانون المدني الألماني باشتراطها ذلك تبدو كأنها تستبعد حالة الباعث المشترك في مجال تطبيقها.

وتنص المادة الثانية من القانون المدني السويسري على أنه: "كل ملزم بأن يستعمل حقوقه وينفذ التزاماته طبقاً لقواعد حسن النية، والتعسف الظاهر في استعمال الحق لا يحميه القانون". فالقانون السويسري أخذ بالمعيار الشخصي كنظيره الألماني ولكنه توسع في مفهوم التعسف فاعتمد أيضاً على الإساءة الموضوعية المتركزة على مخالفة قواعد حسن النية بحيث يكفي المتضرر أن يثبت أنّ استعمال الحق من طرف خصمه قد أضر به.

نخلص من كل ما تقدم أن القانون المدني الألماني أخـذ بنظريـة التعسف فـي استعمال الحق وقنن أحكامها واعتمد في ذلك علـى مقيـاس شخصـي وكـذلك الـشأن بالنـسبة لقـوانين أوروبية أخرى تنتمي للعائلة الجرمانية كالقانون النمساوي والقانون السويسري. [1]

---

[1] الكزبري، مأمون، مرجع سابق، ص15.

المطلب الثالث

القانون الأردني

لقد طبق المشرع الأردني مبادئ نظرية التعسف في استعمال الحق صراحة في نصوص متفرقة كما نص عليها في مادة بصريح التعبير، لذلك سنعرض للنظرية في النص الخاص ثم في النصوص المتفرقة وذلك ضمن فرعين وعلى النحو التالي:

الفرع الأول

النص الخاص

جاءَ في المادة (66) من القانون المدني الأردني " 1.يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. 2.ويكون استعمال الحق غير مشروع

أ. إذا توافر قصد التعدي

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة. [1]

وقد ساعد على اختيار هذا المسلك، إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوضعها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة إن لم تفق في دقتها وأحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب...

---

[1] حدد كل من القانونين المصري مادة 5 والسوري مادة 6 من قانونيهما المدنيان ثلاثة معايير للتعسف، حين قالا بالتطابق"يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات الآتية: "إذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير. ب.إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج.إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيها غير مشروعة"

وقد استمد من الفقه الإسلامي بوجه خاص ضوابطه التي اشتمل عليها النص، ومن المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يُهيء للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد ولا سيما أنها جميعاً وليدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء الأردني من طريق الاجتهاد.

وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير، وهذا معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء على الأخذ به، والجوهري في هذا الشأن هو نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل مصلحة لصاحبه أو تحقيق أهداف ثانوية أخرى له، ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، فمن يغرس في حديقة منزله أشجاراً عالية قاصداً من ذلك حجب النور عن الجار، عدّ مجاوزاً للحد المألوف في استعمال حقه، وبالتالي عدّ متعسفاً، ولا ريب أن هذه الأمور يستخلصها قاضي الموضوع، خاصة إذا ما رأى أنه لا مصلحة تعود على الشخص من وراء عمله، عندئذ يتبين أن نيته وقصده هو الإضرار بالغير. [1]

وقد جرى القضاء على تطبيق الحكم نفسه في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة، فعندئذ تكون تفاهة المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قرينة قوية على أنه لا يقصد سوى الإضرار بالغير... ومن تطبيقات هذا المعيار ما تقرره المادة (1279) من القانون المدني الأردني بأنه: "ليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستر ملكه بالحائط".

---

[1] منصور، أمجد، مرجع سابق، ص281.

أما المعيار الوارد في الفقرة الثانية من المادة (66) مدني أردني فتندرج تحته حالة استعمال الحق استعمالاً يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب، وإنما تتصف بهذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان المعيار في هذه الحالة مادياً في ظاهره إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة. وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية, والمعيار الثالث الوارد في الفقرة الثالثة من ذات المادة (66) وهو معيار رجحان الاضرار على المصلحة رجحاناً كبيراً. وأخيراً معيار تجاوز العرف والعادة، فمتى تجاوز الشخص عند استعماله لحقه تعارف عليه الناس أو جرت له عاداتهم، عندئذ يعدّ متعسفاً في استعماله لحقه، ومن تطبيقات هذا المعيار الرابع ما عبرت عنه المادة (1021) من القانون المدني الأردني بقولها: "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يكون تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين العامة أو المصلحة الخاصة".[1]

[1] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، ط1، ص547 وما بعدها.

الفرع الثاني

النصوص المتفرقة

تقضي الفقرة الأولى من المادة (202) من القانون المدني الأردني على وجوب تنفيذ العقود بحسن نية وهذه قاعدة كلية يجب تطبيقها ولو لم ينص عليها إذ أن حسن النية هو الأصل عند إبرام العقد أو تنفيذه.

وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أن العقد يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام على ما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد. (1)

وإذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان يتضمن شروطاً تعسفية جائرة، فإن المادة (204) من القانون المدني الأردني تجيز للقاضي أن يتحقق مما إذا كان المتعاقد المذعن قد انتبه لها واردها فعلاً فإن كان الأمر كذلك كما تضمنها العقد صراحة أو وقع عليها المذعن راضياً بحكمها في غير إذعان فإن للقاضي أن يقر حكمها حتى تستقر المعاملات ووفقاً لما تقضي به العدالة، أما إذا كان المذعن غير فاطن إلى تلك الشروط التعسفية أو كان توقيعه عليها إذعاناً لما يحيط التعاقد من ظروف فإن المشرع أعطى للقاضي سلطة فوق سلطته في تطبيق القانون وهي سلطة خلق القانون عن طريق استبعادها والحكم بما تقضي به القواعد العامة واعتبر المسألة من النظام العام أي أن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي في التدخل يقع باطلاً. (2)

---

(1) منصور، أمجد، مرجع سابق، ص170.

(2) منصور، أمجد، ص47 هامش 1.

وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (334) من القانون المدني الأردني للقاضي حق منح مهلة للمدين في أية حال وفي كل العقود إذا اقتضت الظروف ذلك ليتمكن المدين من تنفيذ التزامه ما دام لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، وعليه يمتنع منح الأجل إذا ترتب عليه صيرورة التنفيذ مستحيلاً، أو أن يكون في تراخي التنفيذ مضيعة لحق الدائن، أو أن يتعرض محل الالتزام لتقلبات الأسعار أن يكون المدين سيء النية. [1]

ومن أبرز تطبيق قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق موضوع تخفيض فوائد التأخير الاتفاقية ولم أقل القانونية، لأن المشرع الأردني على عكس كل من المشرعين المصري والسوري،[2] لم يتعرض للفائدة القانونية، فلم يعترف بها ولم يضع لها سعراً أعلى وذلك امتثالاً منه لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحارب الربا، هذا في نطاق القانون المدني ثم جاء قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة (1988) والمعدل بالقانون رقم (16) لسنة (2006)، وأجاز أخذ الفائدة وذلك بحكم المادة (167) منه، وعلى هذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز[3]. وبالنظر إلى نص المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني نجد أن أجازت للقاضي تخفيض فوائد التأخير إلى (9%) كحد أعلى متى تجاوز الاتفاق هذه النسبة، ويرى الباحث أن القواعد العامة تعطي للقاضي الحق بعدم الحكم بالفوائد التأخيرية إطلاقاً عن المدة التي يطيل فيها الدائن وليس المدين أمد

---

[1] الفار، عبدالقادر، آثار الالتزام، دار الثقافة، 2002، ص.

[2] المادة (229) مصري المطابقة لنص المادة (229) من القانون المدني السوري نصتا صراحة على تخفيض فوائد التأخير القانونية والاتفاقية أو عدم الحكم بها إطلاقاً عن المدة التي يطيل فيها الدائن أمد النزاع بلا مبرر في المطالبة بحقه. لمزيد من التفصيل انظر: إبراهيم، جلال محمد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، جامعة الشارقة، ط1، سنة 2006، مكتبة الجامعة فقرة474، ص517.

[3] قضت المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة 2002 بما يلي: "1/إذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن أدائها عن حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون ان يكلف الدائن إثبات تضرره من عدم الدفع. 2/إذا كانت في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط وإن لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الإخطار العدلي وإلا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى أو بالإدعاء الحادث بعدم تقديم اللائحة المذكورة. 3/تترتب الفائدة على التعويض والتضمينات التي تحكم بها المحكمة لأحد الخصوم وتحسب الفائدة من تاريخ إقامة الدعوى. 4/مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص تحسب الفائدة القانونية بنسبة (9%) سنوياً ولا يجوز الاتفاق على تجاوز هذه النسبة".

النزاع بلا مبرر في المطالبة بحقه، حيث ينسجم هـذا الطـرح الأخيـر مـع الموقـف الـصريح لكل من المشرعين السوري والمصري في نص المادتين المتطابقتين رقماً وجوهراً(229).

وهناك أيضاً نص المادة (363) [1] من القانون المـدني الأردنـي التـي أجـازت تخفـيض مبلغ التعويض المتفق عليه من طرف القاضي إذا أثبـت المـدين أنـه كـان مبالغـاً فيـه إلـى درجة كبيرة فللقاضي تقديره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه.

وأباح المشرع الأردني مـادة (1/54) والمـادة (2/55) [2] للقاضـي أن يـرفض توجيـه اليمين الحاسمة التي يطلـب أحـد المتنـازعين توجيههـا للآخـر إذا مـا رآى أن توجيـه هـذه اليمين فيه تعسف أو وان المقصود به هـو الكيـد، فهـذه اليمـين ليـست مـن شـأن الخـصوم وحدهم ولا هي موكلة على هواهم بـل ان الأمـر فـي توجيههـا موقـوف علـى وجـه نظـر القاضي فيها إذا كانـت جديـة ومجديـة وغيـر ممنوعـة بالقـانون أو مخالفـة للنظـام العـام والآداب.

وتنص المادة (692) [3] من القانون المدني الأردني علـى أنـه: "يجـب علـى المـستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المـؤجرة وفـي المحافظـة عليهـا مـا يبذلـه الـشخص المعتاد، أي يجب على المستأجر أن لا يـسيء اسـتعمال الـشيء المـستأجر لـه بـل عليـه أن يسلك ما يسلكه في استعمال من ترفق وحرص وعناية. ويدخل فـي هـذا المعنـى تـرك الـشيء بغير استعمال إذا كان ذلك يحدث له ضرراً، ويكـون المقيـاس فـي هـذا جميعـاً بالاسـتعمال الذي جرى عليه الناس للشيء المؤجر.

[1] تنص المادة (363) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا لم يكن الضرر مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".
[2] المواد (1/54) و(2/55) من قانون البينات الأردني رقم (37) لسنة 2001 وتعديلاته.والتي اخرها رقم 16 لسنة 2005.
[3] تنص المادة (692) من القانون المدني الأردني على أن: "المأجور أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تعقيده أو تعديه وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادية".

وتنص المادة (29)[1] من قانون العمل الأردني رقم (60) لسنة (2002) على إلزام صاحب العمل الذي يقوم بفسخ عقد العمل فسخاً تعسفياً بتعويض العامل، وقد رأى المشرع أن يقوم هذا الحكم في عدة حالات نص عليها ضمن فقرات المادة المذكورة ومنها اعتبار نقل العامل إلى مركز أقل ميزة وملائمة من المركز الذي كان يشغله عملاً تعسفياً إذا كان الهدف منه الإساءة للعامل فقرة (ج) وكذلك تخفيض الأجر فقرة (د) إلى آخره وبالمقابل رأى المشرع من خلال نص المادة (28)[2] من نفس القانون –قانون العمل– أن يسري نفس الحكم على العامل إذا فسخ عقد العمل بصورة تعسفية.

وتنص المادة (863) من القانون المدني الأردني على أن للموكل حق عزل وكيله في أي وقت شاء إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل. وكذلك للوكيل أن يقيل نفسه وفي أي وقت يشاء إلا إذا كانت بأجر أو متعلق بها حق للغير، فيلزم الوكيل تعويض الموكل عن الضرر الذي يصيبه من جراء التنازل عن الوكالة من طرف الوكيل في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول إذ أنه يكون متعسفاً بهذا التنازل.

وورد في الفقرة الخامسة من المادة (924) من القانون المدني المتعلقة بأحكام التأمين أنه يقع باطلاً كل ما يرد فيه وثيقة التأمين من الشروط التالية" ......5/كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن ضده".

وكذلك يفهم من مجمل النصوص من (1207) لغاية (1214) من القانون المدني الأردني والمتعلقة بحق الانتفاع أنها توجب على المنتفع الذي في يده رقبة العين المنتفع بها

---

[1] تنص المادة (29) من قانون العمل الأردني رقم (60) لسنة 2000 على أن " أ.استخدام العامل في عمل يختلف في نوعه اختلافاً بيناً عن العمل الذي اتفق على استخدامه فيه بمقتضى عقد العمل على أن تراعى في ذلك أحكام المادة (17) من هذا القانون. ب.استخدامه بصورة تدعو إلى تغير محل إقامته الدائم إلا إذا نص في العقد على جواز ذلك."
[2] المادة (28) من قانون العمل الأردني رقم (60) لسنة 2002.

أن يكون استعماله للشيء حسبما أعد له، وتخـول للمالـك حـق اعتـراض علـى أي اسـتعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء.

نكتفي بهذا القدر من النصوص المتفرقة لأننا لو توسعنا أكثـر فـلا تكفـي رسـالة أخـرى لذلك، لذلك ومن خلال النصوص القانونية السابقة الذكر يمكننـا أن نقـرر ان القـانون الأردنـي توسع في مفهوم التعسف ونص عليه كمبدأ عام فـي مـتن القـانون المـدني وأخـذ بالمعيـارين الموضوعي والشخصي الأول القائم على مجرد حـصول الـضرر للغيـر نتيجـة نيـة وقـصد الإضرار، والثاني المؤسس على قيام الضرر بغـض النظـر عـن وجـود باعـث الإضـرار أم لا.

الفرع الثالث

الاجتهاد القضائي

لقد عزز القضاء الأردني موقف التـشريع فـي الأخـذ بنظريـة التعـسف فـي اسـتعمال الحق، فقد صدرت عدة أحكام عن القضاء الأردني قـررت فيهـا تمـسكها بمبـدأ التعـسف فـي استعمال الحـق.صـدر حكـم لمحكمـة التمييـز الأردنيـة[1] بتـاريخ(2010/6/15) يـشترط لاستعمال نطاق الحق في القانون المدني الأردنـي الـوارد فـي المـواد (61 و 66 و 1021 و 1024 و 1026) عدم إلحاق الضرر بالغير، فـإن الحـق الـضرر بـالغير وان اسـتعمل حقـه في ملكه فإنه ملزم بضمان الضرر حسبما يقدره أهل الخبرة.

[1] تمييز حقوق رقم (2010/2347) (هيئه خماسية) تاريخ 2010/6/15. منشورات مركز عدالة.

وجاء في حكم آخر لمحكمة التمييز الأردنية[1] بتاريخ (2009/11/4) أن من حق الشخص استعمال حقه استعمالاً مشروعاً إلا أن ذلك مشروط بعدم الإضرار بالغير. وحيث ثبت تضرر أرض المدعي نتيجة تطاير الغبار الصاعد من المصنع العائد لمدعى عليها فإنها ملزمة والحالة هذه بتعويض المدعى عن الضرر الذي لحق بأرضه.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز[2] تاريخ (2009/11/10) حكمت المحكمة بأنه متى كان من حق الطاعن استعمال حقوقه المنصوص عليها في المواد من (60–66) من القانون المدني الأردني إلا أن هذا الاستعمال مقيد بعدم الإضرار بالآخرين، ومتى ثبت وقوع الضرر فإن الطاعن ملزماً بتعويضه.

ويلاحظ على القضاء الأردني انه يأخذ تارة بالمعيار الشخصي فيشترط أن يتم الفعل، وتارة أخرى يأخذ بالمعيار الذاتي وهو قصد الإضرار.

والحقيقة أن المحاكم الأردنية حبلى بعشرات القضايا التي تدعم موقف الاجتهاد الأردني من نظرية التعسف، ولا يتسع المجال ضمن هذه الفقرة لسرد هذه القرارات التي سنمطر هذه الرسالة بها في مواطنها ليتجلى لنا بوضوح موقف القضاء الأردني.

مما تقدم يتبين لنا أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية ضاربة الجذور في أرض القانون، عرفها الرومان، وتعرض لها القانون الفرنسي القديم، ونصت على مبادئها الشريعة الإسلامية مبرزة حالات قيامها بدقة وتفصيل، وتعرفها اليوم أغلب التشريعات المعاصرة وفقاً لثلاثة معايير، معيار موضوعي وهو موقف القانون الفرنسي ومعيار ذاتي أو شخصي وهو وجهة نظر التشريع الألماني والنمساوي والبولوني

---

[1] تمييز حقوق رقم (2009/1754) (هيئه خماسية) تاريخ 2009/11/4. منشورات مركز عدالة.
[2] تمييز حقوق رقم (2009/1605) (هيئه خماسية) تاريخ 2009/11/15. منشورات مركز عدالة.

والسويسري، ونظرة موفقة وهو موقف التشريع الأردني وكلاً من المشرعين المصري والسوري.

الفصل الثالث

نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

أن حق الملكية هو أوسع مجال لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، فتنطبق فيه المبادئ والأحكام الموضوعة لهذه النظرية، وعلى الخصوص في الحقل العقاري لأن حق الملكية قد يرد على المنقولات المادية كالسيارات والساعات وغيرها وعلى المنقولات المعنوية مثل السندات والأسهم والملكية الفنية والأدبية وبراءة الاختراع. ولكن أكثر حالات حدوث التعسف في استعمال الحق هو في الملكية العقارية.

والعقار هو الشيء الثابت في حيزه الذي لا يمكن نقله من مكان لآخر بدون إحداث تلف في جوهره كالأرض والأبنية والأغراس...... [1]

ولذلك فبحثنا في هذا القسم لنظرية التعسف في حقل الملكية العقارية يقتضينا أن نعرف الملكية العقارية ونبين عناصرها وخصائصها ومشروعاتها ثم ورود نظرية التعسف عليها. بعد ذلك نتناول الحقوق الناجمة عن الملكية العقارية والتي تخرج عن مبدأ التعسف وأخيراً مقياس أو معيار معرفة التعسف أو بعبارة أخرى حالات قيام التعسف حتى لا نبحث في الكلية العقارية بمعزل عن نظرية التعسف.

---

[1] العبيدي، علي هادي، الحقوق التعسفية، مرجع سابق، ص15 وما بعدها.

ولكن قبل ذلك يجدر بنا التمييز بين نظرية التعسف وغيرها من النظم القانونية الشبيهة لها.

ولذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق والأساس القانوني والفقهي الذي تقوم عليه وتميزها عن غيرها من النظم الشبيهة لها، وفي المبحث الثاني التعسف في حقل الملكية العقارية.

المبحث الأول

ماهية نظرية التعسف وأساسها الفقهي وتميزها عن النظم الشبيهة لها

إن نظرية التعسف في استعمال الحق رغم أنها نظرية مستقرة ومذكورة في اغلب قوانين العالم غير أنها نظرية لم يستقر الفقه على تأسيسها ووضع القواعد التي تقوم عليها ثم أنها نظرية تتشابه مع غيرها من النظريات القانونية وقد يحصل الخلط فيما بينها. ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الأول الأساس الفقهي للنظرية وفي الثاني تمييزها عن النظم القانونية الشبيهة بها وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

الأساس الفقهي للنظرية

لم يؤيد جميع الفقه نظرية التعسف في استعمال الحق فقد رفضها فريق من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي بلانيول، فقد اعتبر هذا الفقيه أن نظرية التعسف في استعمال الحق قابلة للجدل على صعيد المنطق فكيف يمكن الحديث عن التعسف في استعمال الحق طالما أن صاحب الحق لا يمكن أن يكون مخطئاً فـ "الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف" أن فعل ما لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه موافقاً للقانون مخالفاً له. ففي الواقع عند قيام التعسف نكون بكل بساطة امام عيب في القانون، أو عمل غير مشروع. [1]

ورغم هذا النقد للنظرية فإن أغلب الفقهاء يعترفون بنظرية التعسف إلا أنهم مختلفون في تكييفها وهناك عدة اتجاهات يمكن إرجاعها إلى أربعة[2]: "اتجاه أول ويؤسس مبدأ التعسف على فكرة نسبية الحقوق. واتجاه ثاني يرجحه إلى فكرة نية الاضرار بالغير واتجاه ثالث يقيمه على فكرة استعمال الحق في غير ما أعدله واتجاه رابع وأخير يرجع نظرية التعسف لفكرة الخطأ في استعمال الحق وسنعرض فيما يلي لهذه الاتجاهات الأربعة من خلال فروع أربعة وذلك كما يلي:

[1] السنهوري، عبدالرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القاهرة، 1966، ص339.

[2] فرج، توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص363 وما بعدها، ومرقص، سليمان، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص127وما بعدها.

الفرع الأول

فكرة نسبية الحقوق

أن قوام هذه النظرية التي نادى بها الأستاذ فاضل حبشي[1] هو أن مختلف الحقوق التي تثبت للمواطنين ليست حقوقاً مطلقة لا حدود لها وإنما هي حقوق نسبية لأن الحق مقيد بالمصلحة وينتهي حق الفرد عندما يبدأ حق الآخرين، فهذه النظرية هي ضد النزعة الفردية التي تسود القواعد اللاتينية، والتي تقوم على منح الأفراد حقوقاً مطلقة لهم كامل الحرية في استعمالها والدولة مهمتها رعاية هذه الحقوق والحفاظ عليها.

وفي التعسف ترى هذه النظرية أن المالك الذي يغالي في استعماله لحقه يكون متعسفاً لأنه يمس بحقوق الآخرين ويضر بهم وهذا أمر غير جائز ويجب معاقبة المتعسف.

فهذه النظرية تعطي للتعسف في استعمال الحق تصوراً واسعاً وتقيد كثير من الحقوق بدعوى وجود مغالاة في استعمالها وذلك تأسيساً على مبدأ نسبية الحقوق، فهذه النظرية جريئة تحاول التوسيع من مفهوم التعسف وتطبيقه في كافة فروع القانون وعلى سائر المعاملات.

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق، الوجيز، مرجع سابق، ص339 وما بعدها.

الفرع الثاني

فكرة نية الإضرار

يتزعم هذه النظرية الفقيه الفرنسي جورج ربير[1] وقوامها أن المسؤولية الناجمة عن التعسف يجب إرجاعها إلى فعل غير مشروع فهو إذن وبدون حق. غير أن الصعوبة قد تؤدي إلى إلغاء الحق عند قيام التعسف يمكن التغلب عليها: فيمكن الاعتراف – بمناسبة استعمال لا يقبل الجدل في حق الملكية مثلاً بوجود تصرف غير مشروع يجب المعاقبة عليه لأنه ناجم عن رغبة إلحاق الأذى بالغير دون أن يؤدي العقاب إلى نفي الحق بذاته.

أن الجزاءُ ينصبُ هنا على الطريقة التي استعمل فيها الحق وليس على الحق بحد ذاته، لأن الحق هو شيء مشروع يثبت لصاحبه... ويشترط حتى يتحقق التعسف أن يكون صاحب الحق قد قصد الإضرار بالغير عند استعماله لحقه.

أما إذا شط في استعماله لحقه دون أن يكون قاصداً إلحاق الأذى بالغير فلا يعتبر متعسفاً ولا يلزم بإزالة الضرر لأن الحق يخوله استعمال حقه استعمالاً واسعاً ولا يتحقق التعسف إلا بتوافر الأضرار بالغير.

ثم طبق ربير نظريته على عدة فروع للقانون مبتدءاً بالقانون العقاري وبمضار الجوار، فاعتبر أن الجار الذي يقصد الإضرار بجاره كأن يزرع شجرة على حدود ملك جاره حتى تمتد الأغصان والجذور لأرض الجار ملحقة الأذى بملكه فإن صاحب الشجرة يكون متعسفاً.

---

[1] النقيب، عاطف، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدي، بيروت، باريس، الطبعة الأولى، (1983)، ص305 وما بعدها.

وفي نطاق طرق التنفيذ يعتبر الدائن الذي يرهق مدينه بالوفاء بالذهب دون أن يكون ذلك مشترطاً في العقد دائماً متعسفاً، وفي حق التعبير ونشر الأفكار عندما تنشر مقالات تتعلق برجل متوفى ويكون القصد منها المس بشرف أو مركز الورثة أو الزوج أو الأقرباء الأحياء يقوم التعسف. والأمثلة التي عرض ريبر كثيرة وكثيرة جداً لو وردنا على سردها لأخرجتنا عن نطاق البحث مكتفيين بما أوردناه مع ملاحظة أن هذه النظرية كما يتبين تضيق من مفهوم التعسف في استعمال الحق وتقتصر على المعيار النفسي (الذاتي) أو الشخصي ألا وهو نية الإضرار بالآخرين على خلاف سابقتها التي تتوسع في مفهوم التعسف وتجعله ينطبق حتى على الحالات التي لا يكون فيها المتعسف قصد الإضرار بالغير. [1]

الفرع الثالث

استعمال الحق في غير ما اعد له

إن رائد هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي لويس جوسران باعث نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه العربي الحديث، وقد وضع عدة مؤلفات للدفاع عن نظريته، أهمه كتابه في التعسف في استعمال الحقوق (1905) وكتابه في روح القوانين ونسبيتها، النظرية المسماة التعسف في استعمال الحقوق. [2]

ومفاد نظريته أن الأصل هو أن من يستعمل حقاً لا يمكن أن يكون محلاً لمسؤولية تقصيرية فمن يستعمل ميزة قانونية لا يكون عرضة لارتكاب جرم، ذلك أن ما هو مشروع

---

[1] منصور، أمجد، مصادر الالتزام، مرجع سابّق، ص172.
[2] جوسران، مرجع سابق، ص206.

تعريفاً لا يمكن أن يمتد للجرم، أي لما هو غير مشروع، أن مـن يـسبب ضـرراً للغيـر أثنـاء استعماله لحق له لا يمكن أن تتحقق مسؤوليته، ولكن هذا الكـلام مغلـوط بـل أكثـر مـن ذلـك هو معارض للحقيقة لأن من يفكر على هذا النمط يقر سواء عـن وعـي أو بـدون وعـي مبـدأ إطلاق الحقوق وهو مبدأ مرفوض قانونياً واجتماعياً.

إن الحقوق الشخصية وهي منتجـات اجتماعيـة ممنوحـة مـن المجتمـع ليـست معطـاة بصورة اعتباطية لكي نستعملها بدون حدود، فكل حق له وظيفة يجـب أن يـشغلها، وكـل حـق له روح معين لا يجوز لصاحبه أن يتجاهله أو أن يحرفـه، وعنـدما يـستعمل أحـدنا حقـاً لـه يجب احترام هذا الروح والبقاء داخل مؤسسة الحـق وإلا فإننـا نكـون قـد حرفنـا الحـق عـن ماله وقصده فنكون متعسفين ومرتكبين لخطـا يرتـب مـسؤوليتنا، ومـن هنـا تنطلـق نظريـة التعسف في استعمال الحقوق.

وهذا المبدأ لا يقتصر على فكرة نية الاضرار بـالغير كمـا قـال بعـض الفقهـاء وعلـى رأسهم ربير، فمن الناحية النظرية الميل الغالب عن الرأي العـام القـانوني هـو الأخـذ تحريـف الحق ووظيفته بدل الاعتماد على معيار قصدي ويجنح إلى الأخذ بمعيـار وظيفـي مـأخوذ مـن روح الحق ومن الوظيفة المعطاة له. ولكن هذه الوظيفة تتنـوع كثيـراً بالنـسبة لفائـدة صـاحب الحق أو لفائدة شخص آخر أو للفائدة العامة: أن حق الملكية الشخـصية يـدخل فـي المجموعـة الأولى (حق لصاحبه) والسلطة الأبوية في الثانية (حق للغيـر) وحـق النقـد فـي الثالثـة (حـق للعموم)، وبالنتيجة يطلب من مالك ملكية عقارية أن يتـصرف وفقـاً لفائـدة أنانيـة، ومـن رب العائلة أن يتصرف باعتبار فائدة أبنائـه ولـيس فائدتـه الخاصـة، ومـن الناقـد والمـؤرخ أن يتوخى البحث عن الحقيقة، وبينما يظل المالك في روح حقه إذ يقـوم بعمـل أنـاني فـي حـدود حقه، يكون رب العائلة قد ارتكـب تعـسفاً إذا وضـع سـلطته لخدمـة مـصالحه الخاصـة دون

مصلحة من هم في حراسته لأنه يكون قد انحرف في سلطته وخـرج بهـا عـن غايتهـا فيبتعـد عن روح المؤسسة، ويكون مرتكباً لعمل غير مشروع يرتـب مـسؤوليته وكـذلك شـأن الناقـد أو المؤرخ.

فالأمر يتعلق بالبحث عن الدافع الذي توخاه صاحب الحـق والغايـة التـي كـان ينـشدها ومواجهة هذا الدافع وتلك الغاية مع روح الحق ووظيفته، فإذا كـان هنـاك توافـق يكـون الحـق قد استعمل بصورة صحيحة، وإذا كان هناك تنافر يكون الاسـتعمال تعـسفياً وتقـوم المـسؤولية على صاحب الحق، وعليه فالفعل يكون عادياً أو تعسفياً حـسبما يكـون مفـسراً بـدافع شـرعي أولاً، أي مطابق لروح ووظيفة الحق أم غير مطابق بهما. [1]

ثم ينتقل جوسران لبحث تطبيقات نظرية التعـسف فـي اسـتعمال الحـق، فحـق الملكيـة الفردية مقرر لصاحبه ليـستعمله إرضـاء لمـصلحة جديـة ومـشروعة، ويتحقـق التعـسف إذا وجدت نية الإضرار أو إذا انتفت المصلحة المشروعة فـلا يكـون للمالـك الـذي يكـون أمـام عدة اختيارات أن يختار الوضع الذي يضر بالغير دون أن يحقق للمالك فوائد.

فهذه النظرية التي أتى بهاجوسران تؤسس التعسف علـى اسـتعمال الحـق فـي شـكل لا يتوافق مع وظيفته أو بتعبير آخر تقول بوجوب استعمال الحق فيمـا أعـد لـه، وعـدم المغـالاة في استعماله لأن هذا يتناقض مع روحه، وهذه النظرية وسعت مـن مفهـوم التعـسف وأعطـت مجالاً لتطبيقه، وقد اعتمدت على معيار مادي ونفسي معـاً، فهـي لـم تـرفض نيـة الإضـرار بالغير، وهي تعتمد على الباعث النفسي، وإنما أخذت بجانبه بمعيـار موضـوعي مـادي يتمثـل في عدم استعمال الحق لغرض لا يتلائم مع وظيفته ويخدم روحه. [2]

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص341، وجوسران، مرجع سابق، ص207.
[2] جوسران، مرجع سابق، 207.

ونلاحظ ان هذه النظرية قد توسعت بالأخذ بمفهوم التعسف ولكن ليس إلى الحد الذي أخذت به نظرية نسبية الحقوق، وإن كانت هناك نقاط كثيرة مشتركة بين هاتين النظريتين.

الفرع الرابع

فكرة الخطأ في استعمال الحق

إن هذه النظرية نادى بها (هنري وليون مازو)،(ومـــازو) يــرى أن تعبيــر التعــسف فـــي استعمال الحق لا يعني شيئاً، فكل مرة يكون هناك مـسؤول إلا ويكـون قـد تـم اسـتعمال حـق ما، ولا تطرح فكرة المسؤولية إلا عندما يتنازع حقان، حق مـسبب للـضرر، وحـق الـضحية، فهناك حقوق شخصية للأفراد كحـق الملكيـة والمديونيـة وغيرهمـا تـنجم عنهـا اسـتعمالات عديدة، ومن جهة أخرى هناك حقوق أعم كالحريـة وحـق ممارسـة نـشاطات معينـة، ولكـن الحق بهذا المعنى لا يمكن أن يطاله التعـسف والمقـصود بـالحقوق التـي يـنجم عـن إسـاءة استعمالها ضرر للغير وترتب مسؤولية تقصيرية هي الحقـوق الشخـصية التـي تثبـت للأفـراد بالمفهوم القانوني لهذه الحقوق. [1]

إن مشكلة التعسف في استعمال حق ما لا تطـرح إلا عنـدما يكـون مُـسبب الـضرر قـد استعمل حقاً معيناً سواء حقاً شخصياً بالمعنى العادي للكلمـة.(حـق عينـي أو حـق نـاجم عـن دين) وسواء ميزه مشروعة موسعة لحق شخصي (دعوى أمـام القـضاء)، والمـشكلة هنـا فـي تحديد مسؤولية صاحب حق معين كصاحب حق ملكيته، فهـل هنـاك حقـوق مطلقـة لا يمـسها التعسف؟ نعم هناك حقوق لا ينطبق عليها التعسف كحـق الآبـاء فـي الاعتـراض علـى زواج أبنائهم وفي حالة رفض دعواهم لا يسأل الآباء بالتعويض.

---

[1] النقيب، عاطف، مرجع سابق، ص68-63، ويشير إليها في الهامش رقم (1) إلى هنري وليون مازو وأندريه تانك، بحث نظري وعملي للمسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة السادسة، ج1، طبعة باريس 1965، ص643.

إن معرفة وجود التعسف في استعمال حق ما تكـون عنـدما يظـل صـاحب الحـق فـي حدود الميزات التي يمنحها حقه، أما عنـدما يخـرج عـن حقـه، فـإن المـسألة لا تطـرح لأن الحق قد انعدم فتتحقق المسؤولية بـسهولة ولـذلك ففـي التعـسف يـصعب تحديـد المـسؤولية والمطالبة بالتعويض طالما ان المالك يستعمل حقـاً ممنوحـاً لـه مـن طـرف القـانون ولـذلك فهناك تردد في حماية الضحية.[1]

ولكن إذا استعمل شخص حقه استعمالاً غيـر مـألوف، وسـبّب هـذا الاسـتعمال ضـرراً للغير، تتحقق مسؤولية صاحب الحق لأنه يكون قد ارتكب خطأ عـن اسـتعماله لحقـه وبالتـالي تترتب مسؤوليته المدنية، ولكن هل هذه المسؤولية، مـسؤولية تقـصيرية أم مـسؤولية تعاقديـة؟ إن المحاكم الفرنسية أخذت في الغالب مبادئ المـسؤولية التقـصيرية[2]، وقـد صـرحت محكمـة النقض الفرنسية أن التعسف في استعمال الحق سـواء ارتكـب فـي المجـال التعاقـدي أم فـي غير التعاقدي يوجب في كـل الأحـوال المـسؤولية التقـصيرية عـن الجـرم أو شـبه الجـرم لمرتكب الفعل الذي يلزم بالتعويض عن كامل الضرر الذي سـببه بخطئـه، ويؤيـد مـازو هـذا الاتجاه لمحكمة النقض.

ولا تكون المسألة صعبة عندما يكون التعسف واقعاً في إبـرام العقـد ويتعلـق الأمـر فـي حالة شخص وافق على عقد ورفض تحريره فتترتب مسؤوليته هنـا لا نكـون حتـى أمـام عقـد فالمسؤولية لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية، والحل نفـسه يعطـي عنـدما يتحقـق التعـسف فـي تنفيذ أو تفسير عقد ما، ففي هذه الحالة نكون أمام عقد غير أن الضرر مـسبب لـيس فـي عـدم تنفيذ هذا العقد وهو الشرط الضروري لتحقيق المسؤولية العقدية، بـل هـو مـسبب فـي تنفيـذه

[1] الكزبري، مأمون، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، بيروت، 1972، ص374 وما بعدها.
[2] الذنون، حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، الخطأ، المرجع السابق، ص382 وما بعدها.

بصورة تعسفية كالدائن الذي يتعسف مدينه في استعمال الآجال الممنوحة له. يكون التعسف في تفسير العقد عندما يؤوله المتعاقد بصورة تمنحه حقوقاً أكثر من حقوقه المقررة في العقد.

وينطبق الحكم أيضاً عندما يصيب التعسف فسخ العقد، كأن يكون الأمر متعلقاً بمتعاقد له الحق بإنهاء العقد، فعند استعماله لهذا الحق يكون قد نفذ العقد، وعليه فالتعسف في حق الفسخ لا يمكن أن يرتب إلا المسؤولية التقصرية. ويكون التعسف قائماً عند الامتناع عن تنفيذ العقد، كالمدين الذي بغية تأخير التنفيذ بتعسف في ولوج طرق الطعن فنكون أمام تعسف لحق غير تعاقدي، ولكن هدف هذا التعسف هو عدم تنفيذ العقد بدرجة أنه يبدو كأننا أمام مسؤولية تقصيرية للتعسف باستعمال طرق الطعن، وفي الوقت نفسه مسؤولية تعاقدية لعدم تنفيذ العقد، غير أنه يجب الاختيار ويرجح مازو قيام المسؤولية التعاقدية لأن المهم هنا هو عدم تنفيذ العقد، فالتأخير هو الذي يسبب الضرر للدائن والتعسف في طرق الطعن ليس إلا وسيلة يستعملها المدين لتأخير التنفيذ.

فنظرية التعسف في استعمال الحق تدخل في أغلب الأحيان في إطار المسؤولية، عن الجرم وشبه الجرم باستثناء مثل الحالة المعروضة أعلاه.

المطلب الثاني

نظرية التعسف وغيرها من النظم القانونية الشبيهة لها

إن نظرية التعسف في استعمال الحق رغم أنها نظرية واضحة الشروط ومعروفة في أغلب القوانين والتشريعات المعاصرة والقديمة إلا أن هناك نظماً قانونية تتشابه معها لدرجة أنه يمكن أن يحصل الالتباس فيما بينها وبين هذه النظم التي يمكن إرجاعها إلى اثنين هما نظرية الخروج عن الحق، ونظرية التعسف في استعمال السلطة ولذلك وإزالة لكل غموض يمكن أن يحصل، سنتناول مقارنة هذين النظامين بالتعسف في استعمال الحق ونخصص فرعاً لعقد المقارنة بين التعسف والخروج عن الحق وفرعاً آخر للتعسف في استعمال الحق والتعسف في استعمال السلطة.

الفرع الأول

الخروج عن الحق والتعسف في استعماله

سنبدأ ببحث الخروج عن الحق في الفقرة الأولى ثم مقارنته بالتعسف في استعمال الحق في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الخروج عن الحق

يتحقق الخروج عن الحق عندما يخرج شخص ما عن الحدود المادية لحقه كحالة المزارع الذي يدفع بعربته على أرض جاره وكحالة المالك الذي يتجاوز في البناء بأرضه ويأخذ جزءاً من أرض جاره وكصاحب المهنة الحرة (طبيب، محامي، مهندس) يخطئ في مزاولته لمهنته فيخرج عن حقه وتقوم مسؤوليته، كما لو أجرى الطبيب عملية جراحية

وهو ثمل، فهنا تترتب مسؤولية الخارج عن الحـق، لأن كـل فـرد يخـرج عـن حـدود حقـه ويسبب ضرراً للغير يلزم بالتعويض، ذلك أن خطأه هنا أكيد. [1]

أما في التعسف في استعمال الحق فـإن صـاحب الحـق يبقـى فـي حـدود الامتيـازات الممنوحة له كحالة المالك الذي يبني سوراً فيحجب النور عـن جـاره أو رافـع الـدعوى الـذي يستعمل كل الوسائل الإجرائية لتأخير الدعوى، هنـا تبـدو مـشكلة المـسؤولية غيـر أكيـدة لأن مسبب الضرر بقي في حدود الحق الممنوح مـن طـرف القـانون. ولكـن يمكـن القـول بأنـه بـشكل أو بـآخر قـد تجـاوز حقـه لأن الحـق مقـصور بالمنفعـة العامـة وبـشكل وظيفـة اجتماعية.[2]

ويمكننا القول إن التطبيقات العملية لمبدأ الخروج عن الحـق كبيـرة وتقـع فـي مجـالات شتى في المسؤولية عن الأخطاء القانونية في مزاولـة المهنـة، وفـي الاعتـداء علـى الـشرف والسمعة وفي الخطبة والإغواء وأخيراً الخـروج عـن الحـق فـي مناسـبة حـق الملكيـة، ولا مجال لنا هنا إلا الحديث عن الخروج عن حق الملكية فقـط وذلـك لغايـات حـصر الموضـوع في نطاق البحث فقط، إن الخروج عن الحق يتحقق إمـا بمخالفـة المالـك للقـوانين أو الأنظمـة أو عند ارتكابه خطأ فسنبحث في هاتين النقطتين:

أولاً: مخالفة المالك للقوانين واللوائح

إن حق الملكية ليس مقلقاً، وعلى المالك اسـتعمال حقـه فـي حـدود الأنظمـة والقـوانين الواردة على حق الملكية، فإذا أخل بأي التـزام فرضـته عليـه هـذه اللـوائح والقـوانين، كـان الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية.

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، القاهرة، 1952، ص821.
[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، المرجع السابق، ص822، وانظر أيضاً منصور أمجد، مرجع سابق، ص282، ومرقص، سليمان، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص308 وما بعدها.

فإذا أدار المالك محلاً مقلقاً للراحة أو خطراً دون الحصول على رخصة في إدارته، ودون مراعاة اللوائح في هذا الشأن، يكون قد خرج عن حقه وارتكب خطأ، فلو ترتب عن هذا الخطأ ضرر للجيران كان عليه تعويض الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، فإذا أدار محلاً عاماً دون التقيد بأحكام اللوائح في هذا الشأن، أو ركب آلة بخارية دون الحصول على رخصة إدارية مخالفاً بذلك أحكام اللوائح ونشأ عن المحل أو الآلة البخارية ضرر للجيران وجب عليه تعويض هذا الضرر حسب أحكام المسؤولية التقصيرية. [1]

ثانياً: ارتكاب المالك خطأ

قد لا يخالف المالك القوانين واللوائح ومع ذلك قد يرتكب خطأ تقصيرياً في استعماله لملكه وذلك بانحرافه عن هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد، فهنا يكون قد خرج عن حقه، فإذا أضر بجاره، فإنه يكون مسؤول مسؤولية تقصيرية في حدود القواعد العامة، كأن يهمل تجنيب جاره خطر الحريق فيشعل النار وهو في ملكه فينبعث الشرر إلى الجار مسبباً حريقاً عند الجار، وكأن يحدث ضجيجاً في داره وهو ليس في حاجة لهذا الضجيج فيقلق راحة جاره. أو كان يستعمل المكان الذي يسكنه وهو دار للسكن في حي هادئ مكاناً للرقص والصخب أو لممارسة تجارته مع ما يرافق ذلك من دخول وخروج للزبائن – خاصة إذا كان يُشغل شقة في عمارة، فينحرف بذلك عن حقه ويكون مسؤولاً نحو جيرانه الذين أقلق راحتهم. [2]

ويكون المالك الذي يخرج عن حقه مسؤولاً عن تعويض أي ضرر يقيد الجار مهما ضؤل هذا الضرر، ونطبق في كل هذا القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، حق الملكية، القاهرة، 1967، ص684.

[2] عامر، حسين، المرجع السابق، ص56 وما بعدها.

الفقرة الثانية:مقارنة الخروج عن الحق بالتعسف في استعمال الحق

نبدأ أولاً ببحث النقاط المشتركة ثم أوجه الخلاف

أولاً: النقاط المشتركة

1. كلا النظامين يتعلق بشخص يملك حقــاً، ففــي التعــسف يكــون المتعــسف صـــاحب حق، وكذلك في الخروج يكون المخطئ حاصلاً على حق.

2. في التعسف وفي الخروج هناك عمل ضـــار يرتكبـــه صـــاحب الحـــق ويـــنجم عنـــه مسائلة.

ثانياً: نقاط الخلاف

1. في الخروج عن الحق يكون العمل الــضار مرتبـــاً للمـــسؤولية ولـــو لـــم يكـــن هنـــاك سوء نية، أما في التعسف فغالباً مـــا توجـــد نيـــة الإضـــرار، إذا مـــا علمنـــا أن هنـــاك نظريـــة تؤسس التعسف على نية الإضرار. [1]

2. إن الخروج عن الحق يسبب دائمـــاً المـــسؤولية التقـــصيرية ويرتـــب التعـــويض عـــن الضرر، أما في التعسف فإن المسؤولية قد تكـــون تقـــصيرية أو عقديـــة أو قيـــداً علـــى الحـــق، ويكون التعويض غالباً بإصلاح الضرر خصوصاً في مجال الملكية العقارية.

3. في الإثبات، إثبات الضرر في حالة الخروج عـــن الحـــق لأنـــه انحـــراف فـــي ســـلوك الشخص المعتاد، وتطبق عليه القواعـــد العامـــة فـــي المـــسؤولية المدنيـــة، أمـــا فـــي التعـــسف

[1] جوسران، دروس في القانون الوضعي الفرنسي، ج2، باريس، 1930، ص206.

فيصعب الإثبات خصوصاً إذا كان الضرر ضئيلاً ولم يتجاوز المالك حقه تجاوزاً كبيراً. (1)

الفرع الثاني

التعسف في استعمال السلطة والتعسف في استعمال الحق

إن نظرية التعسف في استعمال السلطة المطبقة في حقل القانون العام وخاصة في القانون الإداري تتشابه مع التعسف في استعمال الحق المطبقة في القانون الخاص وخصوصاً في القانون المدني، ولذلك سنفرد فقرتين لعرض نظرية التعسف في استعمال السلطة مقارنة بينها وبين التعسف في استعمال الحق.

الفقرة الأولى : التعسف في استعمال السلطة

يعتقد أغلب رجال القانون أن فكرة التعسف ميدانها هو القانون الخاص وأن فكرة الانحراف هي البديلة لها في نطاق القانون العام. وهذا الاعتقاد غير صحيح ذلك أن الفكرة القانونية الواحدة لا يمكن أن تغير طبيعتها من أحد فروع القانون إلى آخر.

ففكرة الانحراف وهي استعمال السلطة في غير غايتها يمكن تصورها في القانون الخاص فاستعمال الأب أو مدير الشركة لسلطاته لتحقيق غايات غير تلك التي شرعت من أجلها تعدّ انحرافاً في استعمال الحق. (2)

وفي القانون العام لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى نظرية التعسف في استعمال السلطة لإدانة كثير من أعمال الإدارة باعتبارها مشوبة بالانحراف، أما مجلس الدولة المصري فقد طبق النظرية في نطاق التأديب، لذا سنبحث بإيجاز غير مُخل تطبيقات هذه

(1) جوسران، المرجع السابق، ص207.

(2) السنهوري، المرجع السابق، ص688.

النظرية في خارج إطار التأديب أولاً ثم تطبيق النظرية في مجال التأديب ثانياً. وأخيراً معيار التعسف في استعمال السلطة.

أولاً: نظرية التعسف في غير قضاء التأديب

ويكون ذلك في عدة حالات كمغالاة الإدارة في الحصول على أكبر تعويض عند تأجير مناطق صيد الأسماك، أو عند استعمال حق التقاضي، أو في نطاق العقود الإدارية، وقد صدر حكم عن محكمة القضاء الإداري[1] في مصر في هذا الصدد، وتتلخص وقائع الدعوى بأن المدعي كان قد حصل على رخصة شغل قطعة أرض فضاء بسوق الجملة للخضار والفاكهة لمدينة القاهرة، وقد نص البند الثاني من الرخصة على ما يلي: "بما أن التاجر المذكور قد أقام على الأرض المؤجر ثلاثة أعمدة من المسلح فإن الوزارة توافق على بقاء الأعمدة بصورة مؤقتة ويتعهد المُرخِص بألا يزيد عليها شيئاً وله إذا أراد إن يتم البناء بالخشب أيضاً وليس من المسلح كما يتعهد بأن يزيل ذلك كله على حسابه الخاص فيما إذا رغبت الوزارة إنهاء العقد، ثم أقام بعد ذلك المدعي سقفاً من المسلح على الأعمدة الثلاث المشار إليها، فأصدرت الوزارة قرارها المطعون فيه بإزالة هذا السقف، فإذا كان الثابت ما تقدم، فإنه رغم أن المدعي قد خالف شروط الرخصة بإقامة السقف المسلح، إلا أنه ما دامت الوزارة لم تكشف عن وجه المصلحة في طلب إزالة هذا السقف ولا الخطر الحال الذي يبرر التعجل في طلب إزالته، في حين أن من شروط الرخصة أن يزيل المدعي كافة ما أقامه عند انتهائها ولم تنتهي الوزارة الرخصة بل أبقت عليها, واقتصرت على طلب إزالة السقف مع إبقائها على الرخصة تكون قد اختارت وقتاً غير ملائم مما يكشف عن تعسف منها في استعمال هذا الحق خصوصاً وأنها قد وافقت في خصوص

[1] مجموعة س10 – ص20 رقم 21 ..... مشار إلى هذا الحكم في خيري، محمد مرغني، الوجيز في القانون الإداري المغربي، ج2، الرباط، 1978، ص396 وما بعد.

الرخصة على بقاء أعمدة من المسلح من نوع السقف الذي تطالب بإزالته ومن ثم يكون القرار المطعون فيه لا يستند على أساس صحيح من القانون، فيتعين إلغاؤه. [1]

ثانياً: نظرية التعسف في استعمال السلطة في قضاء التأديب

يتلخص قضاء التأديب بأنه رقابة على استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في تقدير الجزاءات التأديبية الجائز توقيعها عند ارتكاب خطأ تأديبي وهو الإخلال بواجبات الوظيفة وقد صدر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 26 يونيو 1951 حكم قضت فيه بأن فصل (لجنة الشياخات) لأحد (العمد) لتأخره في التبليغ عن حادثة سرقة يجعله مشوباً واجب الإلغاء لعدم الملائمة الظاهرة، وقد تابعت نفس الاتجاه في مجال العمل على وجه الخصوص ثم مدته إلى طالب في الكلية الملكية الحربية في حكمها الصادر في 29 نوفمبر سنة 1961[2] بأنه: "ولئن كانت السلطات التأديبية وبينها المحاكم التأديبية لها سلطة تقدير خطورة الذنب وما يناسبه من جزاء وبغير تعقيب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شان أي سلطة تقديرية أخرى، إلا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي توخاه القانون من التأديب وهو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة ولا يأتي هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القوة الممعنة في الشدة. والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة وبالتالي

---

[1] مجموعة س5 ص1096 رقم 354. مشار إليه في خيري، محمد مرغني، ص397.
[2] مجموعة س8 ص139 رقم 62، مشار إليه خيري، محمد مرغني، ص397.

يتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب وعلى هذا الأساس يُعدُّ استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية. فعندها يخضع لرقابة المحكمة، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره. [1]

ثالثاً: معيار التعسف في استعمال السلطة

لهذا المفهوم معياران: [2]

1. عدم التناسب البين بين الضرر اللاحق بالفرد من جراء تصرف الإدارة وبين المصلحة الضئيلة المحتمل أن تعود على الإدارة.

2. عدم التناسب البين بين الخطأ المقترف من المواطن وبين الجزاء الذي أوقعته السلطات التأديبية.

ويشترط في المعيارين معاً أن يكون عدم التناسب أو التفاوت بيناً أو صارخاً فلا يكفي مجرد عدم التناسب أو التفاوت.

الفقرة الثانية: مقارنة التعسف في استعمال الحق مع التعسف في استعمال السلطة

---

[1] وفي هذا الإطار صدر في مصر قانون أطلق عليه قانون "تطهير القضاء" والقانون منه براء إذا كان غرضه شخصياً بحتاً، فكان يهدف إلى إبعاد القضاة الذين أبو إلا أن ينفذوا القانون ولو خالفوا الاتجاهات الحكمية في ذلك الوقت فصدر هذا القانون لإبعادهم عن مناصبهم .... لمزيد من التفصيل انظر: منصور، أمجد، مرجع سابق، هامش(2)، ص280.
[2] خيري، محمد مرغني، مرجع سابق، ص403.

نبدأ أولاً بعرض النقاط المشتركة ثم أوجه الخلاف

أولاً: النقاط المشركة

1. في المفهومين هناك خطأ يرتكب إما من السلطة الإدارية أو من صاحب الحق.

2. كلاهما يكمن في استعمال ميزة منحها له القانون استعمالاً مبالغاً فيه.

3. الجزاء فيها إما لإلغاء أو التعويض، ففي التعسف في استعمال السلطة يكون الجزاء إما إلغاء القرار المطعون فيه أو التعويض للأضرار المتسببة بضحية القرار، وفي التعسف في استعمال الحق يكون الجزاء إما إلزام صاحب الحق بإزالة الضرر أو بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بغيره.

ثانياً: أوجه الاختلاف

1. مجال نظرية التعسف في استعمال الحق هو القانون الخاص، ومجال نظرية التعسف في استعمال السلطة هو القانون العام.

2. الضمانات الممنوحة للمواطنين في التعسف في استعمال السلطة أكبر من تلك المعطاة في حالة التعسف في استعمال الحق، ففي التعسف في استعمال السلطة هناك قضاء الإلغاء وقضاء التعويض وقضاء التأديب, وذلك سببه أن السلطة التنفيذية عندما تخرج في قرارها عن نطاق المشروعية تهدد الحريات العامة وهذا أخطر من الإساءة للغير أثناء استعمال حق ما، حيث لا يوجد إلا قضاء التعويض. [1]

---

[1] زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص538، والحكيم، عبدالمجيد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص405-406.

المبحث الثاني

التعسف في الملكية العقارية

إن أكثر حالات قيام التعسف في استعمال الحق هو حق الملكية العقارية لأنه حق كان يعدّ مطلقاً ومقصوراً على صاحبه، أما الآن فهو حق مقيد بالمصلحة العامة لا يجوز استعماله بقصد الاضرار بالغير، كما لا يجوز استعماله إلا ضمن الحدود المألوفة.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول بحث حالات قيام التعسف بصورة عامة، وفي المطلب الثاني ميدان نظرية التعسف في الملكية العقارية.

المطلب الأول

حالات قيام التعسف بصورة عامة

رأينا عندما بحثنا للأساس الفقهي للنظرية أن هناك أربعة مواقف في بيان أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، فهناك نظرية نسبية الحقوق, ونظرية استعمال الحق فيما أعد له, ونظرية نية الاضرار وأخيراً اعتبار التعسف خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية.

والآن علينا بحث حالات وجود التعسف من الناحية التشريعية والمعايير الممكن انطباقها في القانون الأردني، وقبل أن نعرض لهذه المعايير لا بأس من بحثها في التشريع المقارن.

التشريع الألماني: جاء في القانون الألماني لسنة 1900 في المادة (226): "لا يباح استعمال حق ما إذا لم يكن من غرض له سوى إحداث ضرر للغير" وجاء في المادة (826): "كل من تعمد إحداث ضرر لآخر بطريقة تمس الآداب فإنه يلزم بإصلاح هذا الضرر".[1]

وقد أثارت هاتان المادتان جدلاً كبيراً، فهل المادة (826) هي تطبيق وترديد للمادة (226)، أم أن للمادة (826) نطاقاً أوسع، أم أنها تقتصر على الحالات المتعارضة مع الآداب فتكون المادة (226) خاصة بحالات سوء النية؟

مما لا شك فيه أن هاتين المادتين لا تنصان إلا على تلافي الاضرار التي تحصل لمصلحة خاصة دون التسبب في مس مصلحة اجتماعية.

وقد جاء في هذا القانون عن حقوق الجوار بالمادة (906): "أنه يجب على الملاك أن يتحملوا متاعب الجوار التي تعتبر عادية بحسب العرف والمكان الناشئة فيه".

ونصت المادة (910): "أنه لا يجب إحداث حفر في الأرض إلى الحد الذي يفقد فيه عقار الجار دعامته اللازمة له".

فهذا القانون وإن كان اعتد بمعيار موضوعي في المادتين (906) و (910) إلا أنه غلب في النصوص المتعلقة مباشرة بنظرية التعسف المعيار الشخصي وهو نية إحداث الضرر. [2]

---

[1] عامر، حسين، المرجع السابق، ص570.
[2] عامر، حسين، المرجع السابق، ص570.

التشريع السويــسري: تــضمنت قــوانين المقاطعــات السويــسرية قبــل توحيــد القــانون المدني السويسري عدداً من النصوص التي تحرم التعــسف فــي اســتعمال الحقــوق[1]، فنظمــت المواد (167 إلى 190) من قانون زيــورخ حقــوق الملكيــة وعلاقــات الجــوار. وجــاء فــي المادة الثانية من القانون المدني السويسري لــسنة 1907: "يجــب علــى كــل فــرد أن يــستعمل حقوقه ويقوم بالتزاماته حسبما تقضي قواعد حسن النيــة وأن التعــسف الظــاهر فــي اســتعمال الحق لا يحميه القانون؟ فشمل هذا النص كل حالات قيــام التعــسف فــي اســتعمال الحــق فــي أوسع مدى ولو لم تتوافر فيه نية الاضرار.

وحرمت المادة (648) على المالك التجاوز فــي اســتعمال حقــه إلــى مــا يــضر الجــار وخصوصاً ما ينشأ عن الاستغلال الصناعي.

كما تحرم المادة (685) الحفر وإقامة الأبنية بقصد الاضرار

وهناك مواد أخرى تمنع التعسف فــي عقــود الــشركة وإجــارة الأشــياء وعقــد العمــل والعلاقات الزوجية وسلطة الأبوة. [2]

وهكذا فالقانون السويسري أخذ بمعيــار عــام وواســع لنظريــة التعــسف فــي اســتعمال الحق.

التشريع الايطالي: لم ينص القانون المــدني الإيطــالي علــى نــص عــام يقــرر مبــادئ نظرية التعسف في استعمال الحق وإنما توجد مبادئها في الفقه والقضاء لهذه البلاد.

---

[1] جوسران، روح القوانين، المرجع السابق، ص294.
[2] عبود، موسى، درس في القانون الاجتماعي، الرباط، 1976، مطبوع على استانسل، ص4.

وقد أخذ القضاء الايطالي بمبدأ التعسف وطبقه في عدة أحكام، ولكنه لم يعتمد على معيار محدد إنما نظر في كل قضية ووضع لها معياراً يتلاءم مع أحكامها. [1]

التشريع الاسباني: ليس هناك نصوص عامة على نظرية التعسف، ولكن هناك بعض النصوص التي يستدل بها على اتجاه هذا التشريع إلى الأخذ بمبادئ هذه النظرية.

وهكذا نصت المادة (1908) من القانون المدني الاسباني إلى بعض حالات تحقق مضار الجوار فقررت وجوب التعويض عن الأضرار الناجمة عن الدخان الكثير الذي يتسبب عنه أذى الأشخاص أو الملك أو عما يتصاعد من الأقذار ومستودعات المواد غير الصحية التي تكون قد أنشأت بغير الحيطة الواجبة.

كما تحظر المادة (171) سوء استعمال سلطة الأبوة فيما حولت للمحاكم من حق رقابة هذا الاستعمال والحد منه.

كما تنص المادة (58) على تنظيم سلطات الزوج وحماية الزوجة مما يقترف الزوج حيالها من تعسف.

فالقانون الاسباني لم يأخذ بنظرية عامة للتعسف ولكنه طبق أحكامه في عدة نصوص قانونية وهذا هو موقف القانون الفرنسي كذلك. [2]

التشريع البريطاني: من العناصر الأولية التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق فيما يتعارض مع مصلحة الجماعة عنصر التضامن الذي لم يكن له سند في بريطانيا لأنها أساس المذهب الحر. ولكن التطورات الاقتصادية أوجبت تغييراً في ميول

[1] جوسران، روح القوانين، المرجع السابق، ص297.
[2] عبود، موسى، المرجع السابق، ص7، وحسين عامر، المرجع السابق، ص571.

القوانين من الناحية الاجتماعية، فظهر تياران متعارضان أحدهما يأبى الأخذ بمبادئ نظرية التعسف كقيد للحقوق الفردية والمعيار فيه نية الاضرار بالغير، والآخر قبولها في جانبها المطلق والمعيار فيه الحيدة عما يهدف إليه الحق أو إخلال التوازن بين المصالح الاجتماعية.

ولقد كان لهذا أثره في أحكام المحاكم الانجليزية، ففي منازعات العمل أراد القضاة المعارضون للنظرية استخدامها في أضعاف نفوذ نقابات العمال. مما حدا ببعضهم[1] إلى القول بأن المحاكم الانجليزية بعد أن كانت تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحقوق عادت إلى مناهضتها.

ولقد تحققت المحاكم البريطانية أخيراً من أن حماية مصالح الحرف قد تستدعي أحياناً بعض الإجراءات التي يفهم من ظاهرها فقط أنها وليدة الرغبة في الإضرار.

ولقد قرر مجلس اللوردات في 29 يوليوز 1895[2] بان ما يراعي هذا الفعل ذاته وليس الباعث إليه, وأنه إذا كان الإجراء في ذاته سليماً فلا يهم الدافع إليه، فابتعد بذلك عن معيار نية الإضرار وأخذ بالمعيار المادي الذي يهتم بتحقيق الفعل لا بالبواعث أو النوايا.

وأخذت بعض الأحكام بالمعيار المادي لنظرية التعسف والمراد فيه هدف الحق اجتماعياً أو الإخلال في التوازن بين المصالح الاجتماعية. وقد نظم القانون البريطاني أحوال مضار الجوار فقرر أنه إذا أحدث أحد الجيران ضرراً مستديماً وجدياً وغير عادياً – وعلى الأخص أن كان بسبب حرفته، فيلزم بتعويض هذا الضرر أو إزالة أسبابه وليس ثمة قيود لحق التقاضي وكيفما كان فلا يوجد التعويض ولو حدث بنية الإضرار، إلا أن

---

[1] عبدالعزيز، راجي، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليانس، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2005، ص18 وما بعدها.

[2] عبدالعزيز، راجي، المرجع السابق، ص20.

قانون 1896 ينص على بعض الإجراءات العامة بهذا الشأن بناء على طلب من المدعي العام.

وقد تقيد حق الزوج فيما له من سلطة على أموال زوجته بقوانين صادرة في سنوات (1870) و(1874) و (1893) وقد نص فيها على حماية الزوجة من تعسف الزوج ويأخذ القانون البريطاني بالوجهة المادية لنظرية التعسف في استعمال الحق في نظرية السبب في العقد التي يطلق عليها اسم الاعتبار "وينظر إلى نظرية السبب في العقد نظرة مادية وذلك طبقاً للمذهب الذي يعتمده.

ويرى أن الاعتبار في الالتزام بالعقد الملزم لجانبين هو الالتزام المقابل، ويأخذ القانون الانجليزي بنظرية التعسف في استعمال الحق في انقضاء العقود كما في عقد العمل غير المحدد المدة إذ لا يصح فسخه إلا بإخطار سابق وقد منع قانون سنة (1894) أصحاب السفن التجارية مما يظهر منهم من تعسف في إنهاء عقود العمل مع الملاحين فنص على عدم تسريح الملاح إلا لبواعث جدية. [1]

فالتشريع البريطاني يأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق بشكل ضيق ويطبق فيها معياراً مادياً لا يأخذ بالنوايا وإنما يعتد بالعمل الضار.

ونحن سنبحث في التشريع الأردني عن معايير أو حالات قيام التعسف وقد اعتمد المشرع الأردني في هذا الشأن أربعة معايير[2] هي قصد الاضرار وعدم مشروعية صاحب الحق وإذا كانت المنفعة من الحق لا تتناسب مع ما يصيب غيرهم من ضرر وإذا

[1] عامر، حسين، المرجع السابق، ص229.

[2] حدد المشرع الأردني أربعة معايير للتعسف وذلك في نص المادة (66) من القانون المدني حين قال "2/ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ/إذا توفر قصد التعدي. ب/إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج/إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر. ث/إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"

تجاوز صاحب الحق ما جرى عليه العرف والعادة[1]. ونتناول هذه المعايير الأربعة بشيء من التفصيل تباعاً، ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع نبحث في الفرع الأول قصد الضرر, وفي الثاني عدم مشروعية المصلحة, وفي الفرع الثالث عدم التناسب بين المنفعة في استعمال الحق وما يصيب غيرهم من ضرر, وفي الفرع الرابع والأخير تجاوز صاحب الحق ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير

هذه هي أول صورة من صور التعسف وهي أكثر الصور وضوحاً. فالمبادئ العامة في التشريعات كما والقضاء تأبى في كل العصور وفي كل المناطق والاصقاع أن يتغلب الشر على العدالة أو أن تتخذ النصوص القانونية وسيلة للإضرار بالغير كما كان المحور الذي دار عليه أكثر الجدل الفقهي وتعرض لانتقاد بعض الفقهاء، وأحياناً تأييدهم وينحصر أكثر النقد الذي وجهه بلانيول في خطورة ما يقوم به القاضي من تقصي دخائل النفوس في هذا المعيار الذاتي".[2]

وتتأتى نية الإضرار فيما يظهر عن نية صاحب الحق في الإضرار بالغير ولو كان ثمة نفع له في استعمال هذا الحق. فلو أن المالك وهو يستعمل حق الملكية كان الدافع له على ذلك هو إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسؤوليته.

---

[1] المشرع المصري والسوري حددا فقط ثلاثة معايير للتعسف وذلك بنص المادة الخامسة المتطابقة في كل منهما.
[2] د. سوار، وحيدالدين، المرجع السابق، فـ719، ص96.

ومثل ذلك أن يغرس المالك أشجاراً في أرضه قصد حجب النور عن جاره ويؤخذ قرينة على قصد المالك الإضرار بجاره إلا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع علمه بالضرر الذي يلحق بالجار.

وكذلك يعتبر متعسفاً المالك الذي يقيم حائطاً في حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع له.

ويلاحظ هنا وجود تناقض بين ما قدمناه من أن نية الإضرار تتحقق ولو كان ثمة نفع للمالك في استعماله لحقه وبين ما نقوله الآن من أن نية الإضرار لا تتحقق مع وجود نفع للمالك، ويرجح هذا الخلاف الفقهي حول تحديد نية الإضرار، فيرى حسين عامر الاكتفاء بنية الإضرار لتحقيق التعسف ولو كان هناك نفع ظاهر لصاحب الحق، أما السنهوري[1] فيستلزم انتفاء النفع الظاهر ووجود النية السيئة لقيام التعسف، ويرى الباحث وجاهة الرأي الأول الذي ينظر إلى النية وحدها دون التوقف عن وجود النفع أم لا، لأن هذا المعيار شخصي يقوم على الباعث فلا يهمنا أن حقق صاحب الحق منفعة أم لا، لأن مسؤوليته تقوم بمجرد نية الإضرار عنده. [2]

وقد سارت محكمة التمييز الأردنية[3] في هذا الاتجاه عندما قضت: أن عدم دفع الإيجار المتبقي والمستحق على المستأجر البالغ مئة وخمسين فلساً فقط لا يعد سبباً للفسخ وأن المدعي تعسف في استعمال حقه في المطالبة بالفسخ بحجة عدم دفع الإيجار كاملاً، وان الحقوق يجب أن تكون متوازنة بما يتفق ومصلحة المجتمع وأهداف القانون وغايته.

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج8، ص690.
[2] د.الحكيم، المرجع السابق، ص533، فقرة 858.
[3] تمييز حقوق رقم (1978/68)، مجلة نقابة المحامين، 1978، س 26 ع 7-12، ص 894.

فسوء النية في استعمال الحق يعد تعسفاً لأن إقامة المدعي لدعواه هذه ليس القصد منها سوى الإضرار بالغير. ويعلق جانب من الفقه[1] على هذا القرار بقوله أن انعدام المصلحة في استعمال الحق انعداماً تاماً يعدُّ قرينة على سوء النية أي توافر قصد التعدي ونية الإضرار بغيرهم ومن صور التعسف أيضاً ما جاءَ في قرار محكمة التمييز الأردنية[2]: ان استعمال الحق الشرعي وإن كان ينافي الضمان عملاً بأحكام المادة (61) من القانون المدني إلا أنه مقيد بعدم إساءة استعمال الحق وإلا أصبح ضماناً للضرر الناشئ عن سوء استعمال الحق عملاً بأحكام المادة (66) مدني. وفي هذا الاتجاه أيضاً توالت القرارات التمييزية[3] الصادرة عن محكمة التميز الأردنية.

وقد تكون نية الإضرار من وسائل الإخلال بالموازنة بين الحقوق المختلفة على حساب بغيرهم يهدف بها صاحب الحق إلى ما هو متعارض مع نفع المجموع باستعماله إياه قصد الإضرار بالغير ويجب أن تنتزع من هذا الحق حماية القانون، وينبغي على القاضي أن يكتشفها كدافع في استعمال الحق ولا يقتصر اعتماده على المظاهر الخارجية التي قد تبدو بأن لا غبار عليها ثم يجري الموازنة بين المصالح المختلفة. وفي هذا الاتجاه جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية[4]. يستفاد من المواد (61) و (66) و(1021) و (1027) من القانون المدني أن المشرع قد بين فيها نطاق استعمال الحق والقيود التي أوردها على تصرف المالك في ملكه حيث أن استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن عما ينشأ عن ذلك من ضرر وأن استعماله استعمالاً غير مشروع

---

[1] السرحان، عدنان وخاطر حمد نوري، المرجع السابق، ص405.

[2] تمييز حقوق رقم (1997/1079) (هيئة خماسية) تاريخ 1997/7/13، منشور على الصفحة 190 من عدد المجلة القضائية بتاريخ 1997/1/1.

[3] انظر في هذا الاتجاه أيضاً: تمييز حقوق رقم (2010/1618) تاريخ 2010/12/23، منشورات مركز عدالة، وأيضاً تمييز حقوق رقم (2000/2425) تاريخ 2000/6/20. مركز عدالة وكذلك تمييز حقوق رقم (2007/351) تاريخ 2007/5/29، مركز عدالة، وتمييز حقوق 2006/119/ ت 2007/6/25. عدالة وأخير تمييز حقوق رقم 2007/729 ت 2007/8/16. منشورات مركز عدالة.

[4] تمييز حقوق رقم (2010/1618) (هيئة خماسية) تاريخ 2010/12/23، منشورات مركز عدالة.

بتوافر قصد التعدي لديـه, أو إن كانـت المـصلحة المرجـوة مـن الفعـل غيـر مـشروعة أو المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب غيرهم من ضرر أو إذا تجـاوز مـا جـرى عليـه العـرف أو العادة أو إذا كان الضرر فاحشاً أو مخالفـاً للقـوانين المتعلقـة بالمـصلحة العامـة أو المـصلحة الخاصة كان ضامناً لما يترتب على استعماله لحقه وتصرفه بملكه من ضـرر للغيـر، فـإن مـا لحق بقطع للطاعنة – المدعى عليهـا – وأن سـقوط الغبـار النـاتج عـن اسـتعمال المـصنع ومخلفاته من المواد الضارة على ارض المدعي وموجـب للـضمان وفقـاً لأحكـام المـادة (66) من القانون المدني الواجبة التطبيـق علـى الحالـة المعروضـة إذ أن تـصرف المالـك بملكـه تصرفاً مشروعاً منوط بعدم الإضرار بالغير، وقد استقر قـضاء محكمـة التمييـز فـي القـضايا المماثلة على أنه وإن كان للطاعنة حق مشروع بممارسة نـشاطها وعملهـا فـإن ذلـك لا يمنـع المتضرر من المطالبة بالتعويض عما ينجم عن هذا الاسـتعمال مـن ضـرر لأن القاعـدة فـي تصرف المالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لـم يكـن تـصرفه ضـاراً بـالغير ومخالفـاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامـة عمـلاً بالمـادة (1021) مـن القـانون المـدني بمعنـى أن تصرف المالك بملكه بشكل ضار يعتبر تعدياً موجباً للـضمان ... وبعـد ذلـك تتعاقـب الأحكـام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية على هذا القرار. [1]

ولكن قد تتوارى نية الإضرار خلف ستار عامل آخر كمـا فـي الأعمـال التـي يجريهـا المالك بعقاره لإيذاء جاره ولم يكن قصد الإضرار هو العامل الرئيسي بل هـو مـا يهـدف إليـه ذلك المالك من ربح يحصل عليه الجار على شراء هـذا العقـار بـالثمن الـذي يفرضـه، فنيـة الإضرار هنا ثانوية وهي وسيلة يستعملها المالك إلى غرضه وهو الكسب، ومـا مـن شـك فـي قيام مسؤولية المالك في مثل هذه الحالة.

---

[1] تمييز حقوق رقم (2007/729) (هيئة خماسية)، تاريخ 2007/8/16، تمييز حقوق رقم (2009/1605) (هيئة خماسية) تاريخ 2009/11/10)، وأخير تمييز حقوق رقم (2010/2347) (هيئة خماسية) تاريخ 2010/6/15، وجميع هذه القرارات من منشورات مركز عدالة.

وأحياناً تجتمع نية الإضرار مع دافع آخر هو النفع الخالص المشروع، كمن يقوم بتسوير أرضه، فينجم عن ذلك ظلمة عقار الجار وهنا تثار علاقة السببية بين رغبات المالك وبينما يفعله فإن وجد دافع مسيء لاستعمال الحق فإن ذلك يكفي لاعتبار العمل تعسفياً، فعندما تجتمع عدة عوامل لاستعمال الحق فإنه من النادر أن تكون جميعها على قدرٍ واحد من الأهمية والمستوى وطالما أنه يمكن معرفة الدافع الرئيسي من بينها فهو الذي يسيطر على بقية الدوافع، وهو الذي يدخل في الحساب عند تحديد المسؤولية وإن كان العامل الجوهري هو نية الإضرار، فإن المسؤولية تتحقق، ويعدّ صاحب الفعل متعسفاً. ولكن قد تتعدد الدوافع وتتوازى في الأهمية والاعتبار فهنا يدق الأمر ويصعب على القاضي تمييز الجوهري من بينها ومعرفه الدافع في استعمال الحق. ويرى حسين عامر[1] أنه بإمكان القاضي عندها اللجوء إلى معيار انهيار التوازن بين المصالح المختلفة، ولا يتفق الباحث على هذا الرأي لأن معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة لا علاقة له بمعيار الإضرار فهذا الأخير شخصي يقوم على البواعث والنوايا، أما انهيار التوازن بين المصالح المختلفة فيقوم على مقياس موضوعي ينظر إلى حدوث الفعل بغض النظر عن القصد والدافع.

وقد تكفي المظاهر الخارجية لمعرفة نية الإضرار، كما يمكن أن تكشف عنها ظروف وملابسات كل حالة بذاتها, وأن اختلاف الحالات يستوجب اختلاف مظاهر نية الإضرار كمعيار ذاتي لا يمكن أن يكون ثابتاً لأنه يختلف من شخص لآخر ومن حق لغيره. [2]

---

[1] عامر، حسين، المرجع السابق، ص599.
[2] السنهوري، عبدالرزاق، المرجع السابق، الوسيط، ج8، ص691.

الفرع الثاني

عدم مشروعية المصلحة من الفعل

(استعمال الحق)

في هذه الصورة من صور التعسف في استعمال الحق لا يقصد المالك الاضرار بالجار وليس للجار مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك كما سنوضحه، ولكن المالك في استعمال حقه إنما يقصد إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، فيكون المالك في هذه الحالة متعسفاً في استعماله حقه وتتحقق مسؤوليته قبل الجار الذي أضر به على هذا النحو. وهذا المعيار هو ما عول عليه المشرع الأردني عندما قال في المادة (61) من قانونه المدني "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" ومفاد هذا النص أن الشخص طالما فعل ما هو جائز شرعاً دون مخالفة فإن هذا الجواز يدفع عن الفاعل مسؤولية الضرر الذي لحق بالآخرين. ولكن استعمال الشخص لحقه ليس مطلقاً من كل قيد، ذلك أنه لا يعيش بمعزل عن غيره من الناس، وإنما في مجتمع يتكون منه ومن غيره، ومن ثم لا يستقيم إطلاق حقوق الأفراد إلى ما لانهاية. من هذا المنطلق فقد حدد المشرع الأردني بعض الحالات التي يعتبر الشخص فيها قد تعسف في استعمال حقه ومن ثم تنعقد مسؤوليته عن الأضرار التي أحدثها بالآخرين، فجاءت المادة (66) مدني على هذا النحو " 1.يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. 2.ويكون استعمال الحق غير مشروع

أ. ....

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة مـن الفعـل غيـر مـشروعة. فـصاحب العمـل الـذي يطلب من عماله توقيع ورقة إضافية باستلام أجور إضافية تحـت سـتار فـسخ عقـودهم يكـون متعسفاً لأن المصلحة المرجوة غير مشروعة، وكذلك الأمر متى طلـب مـن عاملـه لديـه أمـر غير مشروع تحت سلاح الفسخ، أو فصل عامل من عمله بحجـة أنـه يمـارس نـشاطاً نقابيـاً، تكون المصلحة فيه مخالفة للقانون، وبالتالي تكون غير مشروعة. [1]

ويرجع في تحديد مشروعية المصلحة من عدمها إلـى معيـار موضـوعي، وهـو معيـار الشخص المعتاد وهذا يجعـل للقـضاء سـلطة واسـعة فـي رقابـة ممارسـة الأشـخاص فـي استعمالهم لحقوقهم.

فمن حق التاجر أن ينافس تاجراً آخر منافـسة مـشروعة، لكـن إذا كـان المقـصد منهـا هو الإساءة إلى سمعة التـاجر بمـا يتعـارض مـع نزاهـة التعامـل عندئـذ فالمنافـسة غيـر مشروعة، ويستند في ذلك إلى معيار التاجر المعتاد. [2]

وقد تكون المصلحة غير مشروعة لأن تحقيقها يخالف حكمـاً مـن أحكـام القـانون فإنهـا تكون كذلك إذا مـا تعـارض تحقيقهـا مـع النظـام العـام أو الآداب الحميـدة أو المقتـضيات الاقتصادية والاجتماعية، مثل ذلك المالك الذي يتخـذ مـن داره ملتقـى للمـشتبه فـي سـلوكهم، أو منزلاً للدعارة، أو مأوى للصوص.

ومن الممكن أن يتداخل هذا المعيار مع معيار انهيـار التـوازن بـين المـصالح وكمثـال على ذلك حالة رب العمل الذي طرد أحد عماله الذي يستند في هـذا إلـى تغيـب العامـل ثلاثـة أيام مدعياً المرض، فيكون على القاضي أن يدخل في حـسابه جميـع الاعتبـارات العامـة، بـأن

---

[1] د. الحكيم، عبدالمجيد، المرجع السابق، ف859، ص524.
[2] السرحان، عدنان وخاطر أحمد نوري، المرجع السابق، ص405.

يوازن بين موقف العامل الذي خلفه هذا التصرف وبين حرية رب العمل غير المرتبط بالتزام محدد المدة، وما يظهر من أن تلك الحرية لرب العمل يحميها حقه في فسخ عقد العمل غير المحدد المدة.

مع تقدير مدى النفع العام في عدم المساس بهذا الحق ومدى ذلك النفع في تفادي ما ينشأ عن استعمال هذا الحق من أضرار ونتائج، وإذا تبين أن رب العمل كان قد تصرف بغير باعث مشروع فإن من السهل عندئذ تغليب المصالح الأخرى على تلك التي يركن إليها رب العمل، إذ أن انعدام المصلحة المشروعة في استعمال الحق تتأدى في اختلال التوازن الذي من شأنه افتراض الالتزام بالامتناع عن العمل الذي يستوجب إغفاله الحكم بالتعويض. [1]

ويرى السنهوري[2] أن المالك الذي يضعُ أسلاكاً شائكة أو أعمدة مدببة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها في أرض مجاورة شراء أرضه بثمن مرتفع متعسفاً في استعمال حق ملكيته ويلزم بإزالة الأسلاك الشائكة أو الأعمدة المدببة وفقاً لهذا المعيار.

ويرى الباحث أنه في هذه الحالة يتحقق التعسف طبقاً لمعيار نية الإضرار وهو المعيار الشخصي وليس وفقاً لمعيارنا هنا لأن من حق المالك تسوير أرضه ووضع أعمدة فيها ولكن يمتنع عليه ذلك إذا كان يهدف الإضرار بالجار، وفي الواقع فإنه والحالة هذه يمكننا القول أن معيار عدم مشروعية المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها يمتزج مع

[1] منصور، أمجد، المرجع السابق، ص281.
[2] السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص692..

معيار نية الإضرار طالما أن المالك قد وضع الأعمدة المدببة والأسلاك الشائكة حتى يبيع أرضه لشركة الطيران بسعر مرتفع وهذا عمل غير مشروع. فالمعياران متوفران.

الفرع الثالث

رجحان الإضرار على المصلحة رجحاناً كبير

هذه هي الصورة الثالثة من صور تعسف المالك في استعمال حقه، لا يظهرُ فيها بشكل جلي وواضح أن المالك قد قصد الإضرار بجاره، ولكن يثبت أن المصالح التي يهدف إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتلاءم نهائياً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ومن يفعل ذلك إما عابث مستهتر لا يهتم بما يصيب الغير من ضرر بالغ لقاء منفعة صغيرة يحققها لنفسه، وإما منطوٍ على نية خفية مضمر الاضرار للغير تحت ستار مصلحة تافهة أو محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها، وفي الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي يقول السنهوري وارتكب خطأ يوجب مسؤولية. (1)

ويرى الباحث عدم مسايرة هذا الاتجاه على اعتبار أن هذا المعيار معياراً موضوعياً ومادياً لا علاقة لنية صاحب الحق فيه، لأنه لو تعلق بالبواعث والدوافع لكنا ألحقناه بمعيار نية الإضرار بالغير على النحو الذي فصلناه سابقاً. ويرجح الباحث بخصوص هذا المعيار إلى أن القانون ينظم المصالح المختلفة للأفراد وتحقيق الموازنة بينهما قدر المستطاع، والقانون يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية مصلحة الأفراد وتحقيق حقوقه على نحو لا يتعارض مع الحقوق الشخصية الممنوحة للأفراد، فإذا الحق صاحب الحق ضرراً بالغير على نحو لا يتلاءم مع القدر الضئيل الذي حصل عليه من المنفعة، فإن مصلحة المتضرر تقدم على مصلحة صاحب الحق وذلك تطبيقاً للقاعدة القائلة: "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" فإذا استعمل شخص حقاً له فيما يضر بالغير، فإن أثر ذلك كما يتعدى إلى هذا

(1) السنهوري، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص693.

الغير، فإنه يتعدى أيضاً إلى المجموع الذي يهتم بحماية صاحب الحق والغير في آن واحد. ويصعب كثيراً في الحياة العملية تفادى الأمرين. ولكن إذا ما أضر صاحب الحق بالغير، فإن ما أذى الغير يعتبر أشد مما يمس صاحب الحق ولو لم يستعمل حقه وهذا هو رجحان الضرر على مصلحة صاحب الحق – أي أن الأوفق أن لا يلحق الضرر بأحد وإلا فيعوض عنه من الاستعمال المفرط لصاحب الحق الذي فرض له المجموع حمايته.

فلو أن صاحب حق الملكية – وهي من مستلزمات الحياة الاجتماعية والاقتصادية يجب حمايتها – تسبب أثناء قيامه بأعمال مصنعة في إلحاق أضراراً كبيرة بزراعات جاره مما يعوق نموها الطبيعي فإن في ذلك إيذاء بحق ذلك الجار. كما أن حق ملكية صاحب المصنع يقتضي المحافظة على زراعة صاحب المزرعة ويجب أن يتعادل الحقان في الحماية والرعاية وطالما أن المضايقات التي يتسبب فيها صاحب المصنع لم تتجاوز حداً مألوفاً وليس فيها ما يستلزم الحد من حماية مصالح صاحب المصنع لضآلة ما حدث من افتقار للجار يتعدى أثره بطريق غير مباشر إلى المجموع فإن التوازن بين المصالح قائم. (1)

ولكن إذا زاد الإتلاف بما يجعل التأثير من الافتقار العام الناشئ عن التعدي على ملكية الزرع يفوق ما ينشأ عن الحد من حق صاحب المصنع، فهنا يوجد إخلال بالتوازن ورجحان الضرر المسبب للغير على مصلحة صاحب الحق.

وهنا تدخل مهمة القاضي في أن يتحقق ما إذا كانت مصلحة عامة يهمها أن يتحمل حق الملكية بعض المساس به، على أن تترك الزراعة بغير تعويض عما أصابها.

---

(1) سوار، وحيدالدين، المرجع السابق، ص97، و د .الحكيم عبدالمجيد، المرجع السابق، فقرة 860، ص524.

ويجب أن يتوازن بين الاضرار الاجتماعية الناشئة عن المساس بحق مقرر وبين تلك الاضرار الناشئة عما تسبب من استعماله، فإن مالت الكفة الثانية فهناك استعمال حق يتعارض مع المصلحة العامة. ولا يمكن معرفة المعيار الصحيح في حقوق الأفراد إلا بمقارنة أهميتها الاقتصادية والاجتماعية بما يتعارض معها من مصالح أخرى، والتعرف هل الأجدى على الصعيد الاجتماعي الإبقاء على الحق الشخصي بغير المساس به، او العمل على تفادي الأضرار الناجمة عن استعماله مع ما يدخل في الحساب من مصلحة الجماعة وليس مصلحة الفرد وحدها.

وقد طبق القضاء الأردني هذا المعيار في عدة قرارات[1] نذكر منها قرار محكمة التمييز رقم (2009/968) تاريخ 2009/9/30 والذي جاء فيه: وحيث أن تشغيل شركة مصانع الاسمنت لمصانعها وما يتطاير منها من غبار وسقوطه على أرض يشكل فعلاً ضاراً بإلحاق الضرر بالأرض وما عليها من أشجار وبناء، وان هذا الفعل يوجب الضمان على الشركة وفقاً لأحكام المادة (256) مدني. وحيث أثبتت الخبرة الفنية ان هناك ضرراً لحق بعقار المدعية ناتج عن أعمال قامت بها المدعى عليها وأن الغبار الناتج عن عمليات التصنيع والإنتاج يتطاير باتجاه القطعة ويلاحظ بشكل واضح على الأجزاء الإنشائية وسطح البناء وبالتالي فإن المدعية تستحق التعويض عن هذا الضرر.

وفي قرار آخر[2] قضت محكمة التمييز الأردنية: من حق الشخص استعمال حقه استعمالاً مشروعاً إلا أن ذلك مشروط بعدم الإضرار بالغير، وحيث ثبت تضرر أرض المدعية نتيجة تطاير الغبار الصاعد من المصنع العائد للمدعى عليها فإنها ملزمة والحالة

---

[1] تمييز حقوق رقم (2009/968) –(هيئة خماسية)، تاريخ 2009/9/30، منشورات مركز عدالة.
[2] تمييز حقوق رقم (2009/1754)-(هيئة خماسية)، تاريخ 2009/11/4، منشورات عدالة.

هذه بتعويض المدعي عن الضرر الذي لحق بأرضه. والحقيقة أن المحاكم الأردنية حبلى بالقرارات التي تطبق هذا المعيار والتي لا تتسع المجال لسردها. [1]

كما وطبق المشرع الأردني هذا المعيار في عدة مواد يذكر منها على وجه الخصوص ما جاء على لسان المشرع الأردني في المادة (1279) مدني بأنه: "وليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستر ملكه بالحائط".

ومن تطبيقاته أيضاً أن يختار صاحب الحق من بين السبل المتاحة لاستعمال حقه السبيل الذي يلحق ضرراً أكبر بغيره، ويعود عليه بنفس الوقت بمنفعة يسيرة.

وجدير بالذكر أن هذا المعيار يقاس بمعيار موضوعي، قوامه السلوك المألوف للشخص المعتاد إذ إن مثل هذا الشخص لا يستعمل حقه على نحو يحقق له مصلحة قليلة الأهمية في الوقت الذي يعود بضرر كبير على الآخرين[2]. وهو معيار مادي موضوعي أعم من المعيار الذي قال بنية الإضرار، ناهيك عن سهولته في التطبيق لأنه يقوم على مجرد قياس الضرر المتأتي للغير مع المصلحة المتحققة لصاحب الحق.

---

[1] تمييز حقوق رقم (2004/4050)-(هيئة خماسية)، تاريخ 2005/3/22، عدالة وتمييز حقوق رقم (1999/1592) –(هيئة خماسية)، تاريخ 2000/5/8، منشورات على الصفحة (2305) من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 2002/1/1.

[2] ومن ذلك ما يقرره القانون المدني المصري في المادة (2/818 مدني) بأنه: "ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إذا كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط". وقارن أيضاً المشرع المغربي مادة (24) حين قال: لا يجوز لأحد من الجيران أن يحدث أي حفر في هيكل الجدار المشترك ولا أن يضع أو يركز عليه أية منشاة بدون رضى جاره أو عند امتناع هذا الأخير بدون أن تحدد بخبرة الوسائل اللازمة لكيلا تكون المنشأة الجديدة مضرة بحقوق الجار الآخر".

الفرع الرابع

تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق

تقضي المادة (1027) من القانون المدني الأردني بأنــه: "1.علــى المالــك ألا يغلــو فــي استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. 2.وليس للجــار أن يرجــع علــى جــاره فــي مــضار الجوار التي لا يمكن تجنبها وإنمــا لــه أن يطلــب إزالــة هــذه المــضار إذا تجــاوزت الحــد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعــة العقــارات وموقــع كــل منهــا بالنــسبة إلــى الآخر. والغرض الذي خصصت له، ولا يحــول التــرخيص الــصادر مــن الجهــات المختــصة دون استعمال هذا الحق".

ويستفاد من هذا النص بأنه يــشكل قاعــدة عامــة تنطبــق علــى مــضار الجــوار غيــر المألوفة وقت تجاوز الشخص عند استعماله لحقه، مــا تعــارف النــاس أو جــرت عليــه أو بــه عاداتهم، عندئذٍ يعد متعسفاً فــي اســتعماله لحقــه، وبالمقابــل فــإن العــرف والعــادة يــسمحان ببعض الاضرار المألوفــة بــين الجيــران، مثــل إجــراء الحفــلات فــي المناســبات والعطــل الرسمية، وتطاير القليل من الدخان والأتربة، وكذلك اســتخدام المرافــق المــشتركة فــي ملكيــة الشقق وإنما أصبح حقاً له وظيفة اجتماعيــة، والقيــود التــي تــرد علــى حــق الــشخص فــي استعمال ملكه، قد تتمثل في حماية المصلحة العامــة، كمــا قــد تهــدف إلــى حمايــة مــصلحة خاصة. (1)

ومن الأضرار المألوفة استخدام أرض الجار فــي وضــع مــواد البنــاء إذا كانــت غيــر مخصصة للزراعة وكان يسمح بذلك العرف الجــاري، لكــن الــضرر يكــون غيــر مــألوف إذا

---

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، حمد نوري، المرجع السابق، ص406.

وضعت مواد البناء على أرض الجار الزراعية لأنه يعد من قبيل الـضرر الفـاحش، وهـذا مـا عبرت عنه المادة (1021) من القـانون المـدني الأردنـي بقولهـا: "للمالـك أن يتـصرف فـي ملكه كيف شاء مالم يكن تصرفه مضراً بـالغير ضـرراً فاحـشاً أو مخالفـاً للقـوانين المتعلقـة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة".

ومن تطبيقات الضرر الفاحش مـا ذهبـت إليـه المـادة (1025) مـن القـانون المـدني الأردني من أن "حجب الضوء عن الجار يُعدُّ ضرراً فاحشاً فـلا يـسوغ لأحـد أن يحـدث بنـاء يسد به نوافذ بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه وإلا جـاز للجـار أن يطلـب رفـع البنـاء دفعـاً للضرر".

وصفوة القول أن المعيار الأخير جـاء مكمـلاً ومؤكـداً للمعـايير الثلاثـة الـسابقة فهـو يشترك معها في تحديد التعسف في استعمال الحق. [1]

بعد أن عرفنا معايير قياس التعسف في اسـتعمال الحـق يطـرح الـسؤال التـالي نفـسه: هل يجب لقيام التعسف تحقق المعايير الأربعة كلهـا معـاً أم يكفـي تحقـق معيـار واحـد؟ وإذا كان الجواب بالنفي فهل هذه المعايير واردة حسب ترتيب تسلـسلي بمعنـى أنـه يجـب الاعتمـاد على معيار نية الاضرار. وان لـم ينطبـق نأخـذ بمعيـار رجحـان الـضرر علـى المـصلحة رجحانا كبيراً، وان لم ينطبق لا هذا ولا ذاك نأخـذ بمعيـار عـدم مـشروعية المـصالح التـي يرمي المالك إلى تحقيقها، أم نكتفي بمعيار تجـاوز العـرف والعـادة أو أي مقيـاس آخـر كـان دون تسلسل فإن انطبق فإن التعسف يتحقق؟

---

[1] وحقوق الجوار هو معلوم في الفقه الإسلامي أمور ثابتة مستقرة نص عليها القرآن الكريم صراحة كما جاء في قوله سبحانه وتعالى "واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل أو ما ملكت ايمانكم،إن الله لا يحب كل مختالاً فخورا" الآية 36 من سورة النساء وأكدتها السنة المطهرة في قوله (ρ): "ما زال جبريل يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه". لمزيد من التفصيل انظر: منصور، أمجد، المرجع السابق، ص282.

إن حالات قيام التعسف أو معاييره لا يشترط فيها أن تتحقق معاً مــرة واحــدة بــل يكفــي لتحقق التعسف قيام معيار واحد من هــذه المعــايير الأربعــة. ومــن جهــة أخــرى فــإن هــذه المعايير ليست مذكورة وفق تسلسل حسب أهميتهــا وإنمــا هــي موضــوعة علــى هــذا النحــو لبيان حالات فليس معيار نية الإضرار هو الأهم ولا الأكثر شيوعاً فــي التطبيــق، بــل قــد نجــد معيار عدم مشروعية مصلحة صاحب الحق هو أكثر المعايير تحققــاً فــي الواقــع العملــي ومــع ذلك فلم يــأتي بالترتيــب الأول أو بــالفقرة الأولــى مــن المــادة (66) مــن القــانون المــدني الأردني، التي قضت: "1.يجب الضمان علــى مــن اســتعمل حقــه اســتعمالاً غيــر مــشروعاً. 2.ويكون استعمال الحق غير مشروع

أ. إذا توافر قصد التعدي.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

فلقيام التعسف يكفي تحقق احد هذه المعايير الأربعــة لا يهــم أيهــا ولا يــشترط اجتمــاع هذه المعايير الأربعة.

المطلب الثاني

ميدان نظرية التعسف في الملكية العقارية

أن حق الملكية وعلى الأخص الملكية العقارية هو أوسع مجال لحدوث التعسف في استعماله وبالتالي لتطبيق الأحكام "المبادئ" المتعلقة بنظرية سوء استعمال الحق. وحق الملكية يخول صاحبه سلطة تامة على محل الحق فله أن يستغله ويستعمله ويتصرف فيه بطريقة مطلقة، ورغم هذا الإطلاق فقد وضع الفقه والقضاء منذ القدم قيوداً تقيده، ناهيك عن أن معظم التشريعات الحديثة والأردني واحداً منها نص على بعض القيود التي تقيده، وأبرز ذلك على وجه الخصوص ما جاء على لسان المشرع الأردني في (66) من قانونه المدني.

وحتى نلم بموضوع ميدان تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية في الأردن يجب علينا أن نقوم بتحديد نطاق حق الملكية العقارية أولاً ثم بيان أن التعسف هو من قبيل القيود الواردة على الملكية العقارية وأخيراً بحث الحقوق الناجمة عن حق الملكية العقارية الخارجة عن مبدأ التعسف.

ولهذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تحديد حق الملكية العقارية

الفرع الثاني: التعسف هو من قيود الملكية العقارية

الفرع الثالث: الحقوق الناجمة عن حق الملكية العقارية الخارجة عن مبدأ التعسف

الفرع الأول

تحديد حق الملكية العقارية

سنعمد في هذا الفرع إلى تعريف حق الملكيـــة العقاريـــة وبيـــان عناصــــرها وخصائـــصها ثم البحث في مشروعيتها وذلك من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: تعريف الملكية العقارية وبيان عناصرها وخصائصها

عرفت المادة (1018) من القانون المـــدني الأردنـــي حـــق الملكيـــة بـــشكل عـــام ولـــيس الملكية العقارية بشكل خاص بقولها: "حق الملكيـــة هـــو .... ســـلطة المالـــك فـــي أن يتـــصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعـــة واســـتغلال". وتوضـــيحاً لهـــذا التعريـــف ذكـــرت الفقـــرة الثانية من هذه المادة بأن: "لمالك الشيء وحـــده أن ينتفـــع بـــالعين المملوكـــة وبغلتهـــا وثمارهـــا ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً".

ويلاحظ على هذا التعريف أولاً أنه عرف حـــق الملكيـــة بـــشكل عـــام ولـــم يـــأت علـــى تعريف حق الملكية العقارية بشكل خاص لذلك فإنها وبالارتكـــاز إلـــى هـــذا الـــنص والنـــصوص العامة الواردة بخصوص حق الملكية بـــشكل عـــام، يمكننـــا أن نعـــرف حـــق الملكيـــة العقاريـــة بأنه: "حق عيني على عقار بطبيعته أو بالتخـــصيص يخـــول صـــاحبه دون غيـــره فـــي حـــدود القانون حق استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه".[1]

ويلاحظ على المشرع الأردني وكما يبدو مـــن صـــياغة المـــادة (1018) أنـــه عـــدّ حـــق الملكية حقاً مطلقاً يستعمله صاحبه على النحو الذي يرغـــب ضـــارباً عـــرض الحـــائط بـــالقوانين والأنظمة وغير مكترث بالاضرار التي تلحـــق بـــالغير جـــراء الاســـتعمال المطلـــق للملكيـــة...

---

[1] الكزبري، مأمون، التشريع العقاري والبرلمان، بيروت، 1971، ص44.

وقد حاول المشرع الأردني تدارك وتلافي هذا القصور الخطيــر، فأضـــاف خاصـــية مهمـــة مـــن خصائص حق الملكية وهي كونه حقاً استئثارياً مقصوراً على المالـــك وحـــده مـــن جهـــة، ونفـــي صفة الإطلاق عن حق الملكية من جهة أخرى، وذلـــك مـــن خـــلال الفقـــرة الثانيـــة مـــن نفـــس المادة والمشار إليها أعلاه ... ومع هـــذا وذاك حـــدث تناقـــضاً فـــي التعريـــف فـــالفقرة الأولـــى تثبت صفة الإطلاق، والفقرة الثانية تنفيها. [1]

وعناصر حق الملكية وفقاً لهذا التعريف هي ثلاثة:

حق التصرف, حق الاستعمال, وحق الاستغلال

فحق الملكية العقارية يعطي صاحبه حـــق اســـتعمال عقـــاره، أي حـــق اســـتخدامه علـــى الوجه المعد له والذي يتفق مع طبيعتـــه كـــسكنى الـــدار وورد المـــصنع وقطـــف الأزهـــار مـــن المزرعة والجلوس في المكتب وغير ذلك.

وهذا الحق يخول صاحبه حـــق اســـتغلال الـــشيء أي التمتـــع بغلتـــه وثمـــاره كزراعـــة الأرض والتمتع بخيراتها أو إيجـــار الـــدار والانتفـــاع بأجرتهـــا وحـــق قطـــع الأخـــشاب مـــن المزرعة المملوكة للشخص وبيع الحطب.

ويولي هذا الحق صاحبه حق التصرف بالعقار, إي حق إجـــراء ســـائر التـــصرفات عليـــه سواء كانت هذه التصرفات مادية كتغيير شـــكله ومعالمـــه أو إتـــلاف بعـــضٍ منـــه أو كلـــه، أم

[1] يلاحظ أن المشرع الأردني أيضاً استخدم عبارة "التصرفات الجائزة" فقط دون وصفها بعبارة "شرعاً" لأن هذا الوصف قد يوحي بان المالك مقيداً في تصرفاته بالقيود الشرعية دون القانونية، وكان المفروض أيضاً إيراد هذا القيد على سلطات المالك الثلاث وهي التصرف والاستغلال والاستعمال دون قصره على التصرف وكما فعل المشرع المصري في المادة (802) مدني بقوله: "المالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه". لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: العبيدي، علي هادي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص14-15.

كانت قانونية كبيعه, أو هبته, أو رهنه, أو الايصاءُ بـــه, أو غيـــر ذلـــك مـــن أنـــواع التـــصرف. (1)

ولا بد لنا للإلمام بحق الملكية من بيان الخصائص التـــي يتميـــز بهـــا هـــذا الحـــق "حـــق الملكية العقارية" والتي ينفرد بها دون سواه وأهم هذه الخصائص هي:

1. أنه حق عيني بمعنى أنه سلطة مباشرة يستعملها المالـــك علـــى الـــشيء، بـــل أن حـــق الملكية أهم الحقوق العينية وأوســـعها نطاقـــاً وبقيـــة الحقـــوق العينيـــة مـــشتقة منـــه كالانتفـــاع والارتفاق والسطحية...

2. انه حق تام جامع لكل ميزات الحق العيني بالكامل فهو يـــشمل حـــق التـــصرف وحـــق الاستعمال وحق الاستغلال بينما تقصر الحقوق الأخرى على ما دون هذه العناصر الثلاثة.

3. أنه حق دائم، فهو لا يسقط عن صاحبه بعـــدم الاســـتعمال مهمـــا طالـــت المـــدة، أي أن هذا الحق من دون الحقوق كلها لا يخضع للتقـــادم المـــسقط، إذ المبـــررات التـــي شـــرع لأجلهـــا التقادم المسقط غير متوفرة هنا، ويمكن وصف العلاقة بين الملكية ومحلهـــا بـــان الملكيـــة تبقـــى ما دام محلها باقياً وتنتهي بهلاكه. أما تغير المالك فلا يؤثر على وجود الحق. (2)

ولا يجوز توقيت حق الملكية بزمن معين، أي لا يجـــوز أن يقتـــرن حـــق الملكيـــة بأجـــل فاسخ أو واقف.

---

[1] فرج، توفيق، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، 1993، ص21-25، وسوار، وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني- دار الثقافة، عمان، ط1، 1993، ص18. والصده، عبدالمنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص9-10.

[2] صحيح أن صاحب الحق أحد أركانه ويتوقف على وجوده وجود الحق، لكن تغير المالك لا يؤدي إلى زوال هذا الركن، فلو توفي المالك حل محله خلفه العام وهو بمثابة الامتداد له، ولو باع المالك الشيء حل المشتري محله وهو خلف خاص، وهو أيضاً امتداد له. لمزيد من التفصيل انظر: سوار، وحيد الدين، المرجع السابق، ص18، وانظر أيضاً: العبيدي، علي هادي، المرجع السابق، ص17.

فمثلاً لا يجوز الاتفاق على نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري لمدة معينة تعود بعدها إلى البائع[1]. وهذا هو الأجل الفاسخ، كما لا يجوز الاتفاق بينهما على ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد انقضاء أجل معين من تاريخ العقد، وهذا هو الأجل الواقف.[2]

4. أنه حق مقصور على صاحبه "حق مانع": فللمالك وحده الحق في التصرف في ملكه والانتفاع به واستغلاله كما يشاء دون تدخل من غيره، وله أن يخول دون تدخل الغير ولو لم يترتب عليه ضرر له فيما عدا الاستثناءات التي نص عليها القانون وفرضها القضاء[3] كما أنه يجب ألا يفهم من هذه الخاصية أن للمالك وحده حق الانتفاع بملكه، فقد ينتقل حق الانتفاع إلى غير المالك ويبقى هذا مالكاً لحق الرقبة وحدة، فالمستأجر مثلاً يستطيع بموجب حقه في الإجارة أن ينتفع بالمأجور وحده ويمنع سواه من الانتفاع به، كما أن للمالك أن يرتب على ملكه حقوقاً عينية لصالح الغير، ولكن لا يمنع ذلك من أنه يكون هو المالك وحده الذي له حق التصرف في ملكه، وينجم عن كون حق الملكية تاماً ومقصوراً على صاحبه أن يكون الأصل في الملكية خلوها من كل تكليف أو قيد يرد عليها. وعلى من يدعي أنها مثقلة بمثل ذلك أن يقيم الدليل على إدعائه، وعموماً حق الملكية العقارية بوصفه حقاً مطلقاً تاماً ومقصوراً على صاحبه، يكون حقاً جامعاً مانعاً.

الفقرة الثانية: مشروعية حق الملكية العقارية

---

[1] وهذا ما يعرف ببيع الوفاء وقد عرفته المادة (118) من مجلة الأحكام العدلية: "البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد إليه المشتري المبيع" وقد اختلف الفقه الإسلامي والقانوني بشأن حكم هذا العقد وتكييفه، فبشأن حكمة منهم من اعتبره باطلاً ومنهم من اعتبره عقداً فاسداً ومنهم من اعتبره عقداً صحيحاً . وبخصوص تكييفه منهم من اعتبره معلقاً على شرط فاسخ ومنهم من اعتبره قرضاً مضموناً = =برهن ومنهم من اعتبره بيعاً بشرط الخيار، وجدير بالذكر أن المشرع الأردني لم يتطرق لهذا العقد في قانونه المدني، لمزيد من التفصيل انظر بحث منشور في مجلة اربد للبحوث والدراسات العدد الثاني، 1999، ص85-98، العبيدي، علي هادي.

[2] ولكن يجوز أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري عند حلول أجل معين، فيكون الالتزام بنقل الملكية وليس حق الملكية، مقترناً بأجل وفي ذلك لا تكون ملكية البائع ملكية مؤقتة وإنما ملكية دائمة، لمزيد من التفصيل انظر: السنهوري، مرجع سابق، الوسيط8،ص540، العبيدي، علي هادي، المرجع السابق، ص19.

[3] انظر حكم محكمة التمييز الحقوقية رقم (82/544) ص1164، 1982، تمييز حقوق(91/672)، 1993، تاريخ 91/12/7 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة 1993، ص1250.

إن النقاش قد احتدم واشتد حول موضوع الملكية العقارية، وقد اختلف الفقهاء حول هذا الموضوع منذ أفلاطون وأرسطو، ففي الوقت الذي وجدت فيه الملكية الخاصة أعداء لها في مختلف العصور فإنها لم تعدم أنصاراً مدافعين عنها. وهكذا وجدت مذاهب مقدسة للملكية العقارية، ومذاهب أخرى منكرة للملكية العقارية باعتبارها سبب الصراع بين الطبقات، ومذاهب أخرى مبقية على الملكية العقارية في نطاق النفع الاجتماعي[1]، ولكي لا نخرج موضوع البحث عن سكته الرئيسية سنحاول جاهدين إيضاح هذه المذاهب الثلاثة بإيجاز غير مخل للوقوف على حدود مشروعية حق الملكية العقارية بشيء من الثبات.

الإنسان بحكم طبيعته وغرائزه وفطرته مجبول على حب التملك والاستئثار بما يمتلك لإشباع حاجاته الضرورية التي لا يستطيع مقاومة الظواهر الطبيعية من غيرها وهي حافز على استمرار البقاء وتعمير الكون واستغلال خيرات الأرض لصالحه أولاً ثم لصالح المجتمع ثانياً لأن مصلحة الجماعة ما هي إلا مجموع مصالح الأفراد وما عدا ذلك فهو سرابٌ لا أساس له.

ولقد مرت الملكية بعدة مراحل في تطورها، فقد بدأت ملكية جماعية للقبيلة، إذ كان أفراد القبيلة يشتركون في ملكية الأرض وما فيها من ثروات وغير ذلك، إلا أن تطور الحضارة من حضارة بدوية إلى حضارة زراعية نتج عنه تطور الملكية من قبلية إلى عائلية. وقد استمر تطور الملكية حتى أصبحت ملكية فردية (خاصة)، ثم بدأ التطرف في احترام حق الملكية وتقديسه وذلك إبان الثورة الفرنسية، وقد طغت أفكار هذه الثورة على القانون الفرنسي الذي اعتبر الملكية حقاً مطلقاً للمالك، وهكذا نصت المادة (17) من إعلان

---

[1] حنبوله، محمد علي، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، القاهرة، 1974، ص343، ويقول في هذا الخصوص لقد تعرضت الملكية للنقد والهجوم منذ القدم ولازالت على أساس أنها سبب انقسام المجتمع الإنساني إلى طبقات تتنازع وتتصارع لأجل الحياة والبقاء والسلطة، بل ويشتد الصراع حتى يصل أحياناً إلى ذروته فتشتعل نار الحروب وينشب القتل بين الأفراد والجماعات والطبقات بسبب رغبة الامتلاك والسيطرة والنفوذ..

حقوق الإنسان الفرنسي على أن: "الملكية حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمته ولا يجوز حرمان صاحبه منه إلا إذا اقتضت ذلك صراحة وبوضوح- ضرورة من المصلحة العامة التي تثبت قانوناً وشريطة دفع تعويض عادل للمالك مقدماً"[1]. كما أكدها الدستور الفرنسي الصادر سنة (1791) في المادة (87) التي نصت على أن: "الملكية حق مقدس لا يسلب"، كما أن المادة (544) من القانون المدني الفرنسي عرفت حق الملكية بأنه: "الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو أكثر ما يكون اطلاقاً بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح".[2]

وبعد ذلك ظهرت عدت اتجاهات تدعو إلى نبذ الملكية الخاصة وتنادي بالملكية الجماعية لوسائل الإنتاج وذلك منعاً لاستغلال الإنسان لأخيه الإنسان، فقد ظهرت أفكار منذ القدم تنادي بإلغاء الملكية العقارية من الوجود لأنها سبب الصراع والحروب بين طبقات المجتمع، إذ الملكية العقارية تجعل المجتمع الإنساني ينقسم إلى طبقات غنية وفقيرة، حاكمة ومحكومة فتتضارب المصالح وينشا الصراع ويشتد لأن الطبقة المالكة للأرض هي التي تحكم وتسود وهي الغنية والمسيطرة على بقية الطبقات وعلى الأخص طبقة الفلاحين الفقيرة التي تصبح تعمل وتكد وتشقى مما يدفعها إلى البحث عن ملجأ يحميها من ظلم وجبروت الطبقة المالكة وتجد نفسها مضطرة أحياناً إلى اللجوء إلى العنف والتمرد والثورة للحصول على حقوقها. وهذا الموقف تبناه بعض الاشتراكيين والخياليين. ومنهم أفلاطون وتوماس مور وجيرالد ونستانلي وموريللي وبابيف وماركس وبراون وغيرهم[3]، ولقد كان للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية أثر هام في توجيه حق الملكية وجهة

---

[1] شقير، محمد لبيب، تاريخ الفكر الاقتصادي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص133.

[2] حنبوله، محمد علي، المرجع السابق، ص345. السنهوري، الوسيط، ج8، ص483. العبيدي، علي هادي، المرجع السابق، ص11.

[3] حنبولة، محمد علي، المرجع السابق، ص391. د البنا، محمود عاطف، المذاهب والنظم الاشتراكية، القاهرة، 1969، ص164. وأخير شقير، محمد لبيب، المرجع السابق، ص216.

اجتماعية، فلم تعد الملكية الخاصة حقاً مطلقاً يستطيع المالك أن يتصرف فيما يملكه كما يشاء يستعملها ويستغلها ويتصرف فيها دون قيد أو شرط، بل أصبحت الملكية الخاصة وظيفة اجتماعية يقوم بها المالك لتحقيق المصلحة العامة، فقد أعلن الفقيه الفرنسي (ديجي) في مطلع القرن الماضي بأن الملكية ليست حقاً وإنما وظيفة اجتماعية حيث أنكر فكرة الحقوق الطبيعية التي تثبت للفرد بوصفه إنساناً لأنه لا يعترف بفكرة وجود الإنسان الفرد الذي يعيش منعزلاً من المجتمع ويراها فكرةً خياليةً من نسيج مخيلة المفكرين ولا وجود لها في دنيا الواقع. وبالتالي فهو ينكر فكرة الحق لأن وجود الحق يقتضي الاستئثار والتسلط والاستعلاء، لأن إرادة صاحب الحق تعلو على بقية الإرادات السلبية التي تقابلها. (1)

ويرى جانب من الفقه[2] – وبحق– أنه يجب عدم التطرف إلى حد اعتبار الملكية وظيفة اجتماعية لأن في ذلك إنكار لفكرة الحق في ذاتها، فمركز المالك يختلف اختلافاً جوهرياً عن مركز الموظف، فالمالك يباشر سلطاته لتحقيق مصلحته الخاصة، أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريقة، وهذا المفهوم الحديث هو الذي أصبح سائداً في مختلف البلدان، فقد أضحت دساتير جل الدول تذكر أن "القانون يعين كيفية حيازة الملكية الخاصة والتصرف بها بحيث تؤدي وظيفتها الاجتماعية.

وأن القيود المقررة حتى تؤدي الملكية وظيفتها الاجتماعية على أنواع منها ما هو مقرر حتى لا يخرج حق الملكية عن غايته ولا يتم التعسف في استعماله، ومنها ما هو مقرر في سبيل النفع العام وهو يقرر غالباً قبل أن يستعمله المالك كالقوانين أو اللوائح المحددة لسلطة المالك على علو أرضه لفائدة الطائرات أو الجيش أو أسلاك البرق

---

[1] د.الزحيلي، وهبه، المرجع السابق، ص516.
[2] د.كبيره حسن، المدخل إلى علم القانون، القاهرة، 1971، ص224.

والهاتف، أو عمق أرضه كنظام استغلال المقالع والمناجم أو التنقيب عن الآثار الفنية، أو نزع الملكية الجبرية للمنفعة العامة، أو منع البناء بدون رخصة، أو عدم البناء بجوار الأماكن الحربية أو المطارات أو السكك الحديدية أو القيود التي ترد على حرية الأجنبي (شخصياً طبيعياً أو معنوياً كان) في التملك، ومنها ما هو ناشئ من اتفاق المتعاقدين بالذات.

والذي يُهمنا هو القيد المقرر حتى لا يخرج حق الملكية عن غايته أي التعسف في استعمال حق الملكية العقارية. [1]

وقد ورد ذكر نظرية التعسف في القانون المدني الأردني في نصوص واضحة وصريحة، فقد نص في المادة (61) مدني على أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر". ومفاد هذا النص أن الشخص طالما فعل ما هو جائز شرعاً دون مخالفة فإن هذا الجواز يدفع عن الفاعل مسؤولية الضرر الذي لحق بالآخرين، لكن الإباحة في استعمال الحق غير مطلقة، فإذا تعسف صاحبه في استعماله وأدى ذلك إلى تجاوز الرخص التي يمنحها القانون له في ممارسة حقه، يعد متجاوزاً لحدود حقه وبالتالي يسأل عن الضرر الذي يسببه للغير.

فالإنسان لا يعيش بمعزل عن غيره من الناس، وإنما في مجتمع يتكون منه ومن غيره، ومن ثم فلا يستقيم إطلاق حقوق الأفراد إلى مالا نهاية، ومن هذا المنطلق قد حدد المشرع الأردني بعض الحالات التي يعتبر الشخص فيها قد تعسف في استعمال حقه ومن ثم تنعقد مسؤوليته عن الاضرار الذي أحدثها بالآخرين، فجاءت المادة (66) من القانون

---

[1] الكزبري، مأمون، المرجع السابق، ص70.

المدني الأردني على هذا النحو: "1.يجب الضمان على استعمال حقه استعمالاً غير مشروع. 2.ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ. إذا توافر قصد التعدي

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة. [1]

وعلى هدي ما تقدم فسوف نبحث في التعسف في استعمال الملكية العقارية باعتباره قيداً يرد على حق الملكية العقارية يحددها ويمنع من الانحراف في استعمال هذا الحق وإلحاق الضرر بالغير، وسنتناول بحث التعسف في الملكية العقارية الفردية ومضار الجوار وكذلك في الملكية المشتركة.

ففي مجال الملكية الفردية ومضار الجوار نلاحظ أن حق الملكية بوجه عام والملكية العقارية بوجه خاص هي الحقل المختار لنظرية التعسف في استعمال الحق، ففي صدد هذا الحق ثار الجدل الفقهي وتكاثرت الخصومات[2]. وغالباً ما تنشأ عن علاقة المالك بجيرانه روح بُغضٍ وكراهية، وأن المحاكم أصبحت لا تتردد اليوم في إلحاق الجزاء في الاستعمال التعسفي لحق الملكية ولكنها تشترط أن يكون الضرر محققاً لا احتمالياً كما رأينا سابقاً. [3]

---

[1] وفي هذا الخصوص تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن: "مبدأ إساءة استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن الالتزامات بل يمتد إلى الحقوق العينية وإلى روابط الأحوال الشخصية وإلى القانون التجاري وقانون المرافعات بل يشمل القانون العام أيضاً إذ يمكن القول بان هناك إساءة استعمال حق الحريات أو حق الاجتماعات وهلم جرا، لذلك كان حرياً بالمشرع أن يحل النص الخاص بإساءة استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية حتى ينبسط على جميع نواحي القانون بفروعه المختلفة، ولا يكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع..... لمزيد من التفصيل انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص81.

[2] جوسران، روح القوانين، المرجع السابق، ص565.

[3] مجموعة أحكام النقض في 1959/12/3، 10-750 ص113. وانظر أيضاً نقض مدني في 15 مارس 1976 مجموعة المكتب الفني س27، ج1، ص646. مشار إلى هذين الحكمين في منصور، أمجد ، المرجع السابق، هامش1، ص287.

وهكذا فإذا كانت للمالك نية الإضرار بالغير أو كانت مصلحته لا تعادل الضرر الحاصل للغير أو كان يهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو جاوز العرف والعادة، فإن التعسف يقوم من جانب المالك الذي ألحق الأذى بالغير.

وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية[1] على أنه: "وإن كان للمالك حق مشروع باستعمال حقه وممارسة نشاطه فإن ذلك لا يمنع المتضرر من المطالبة بالتعويض عما ينجم عن هذا الاستعمال من ضرر لأن القاعدة في تصرف المالك أن يتصرف في ملكه كيفما شاء مالم يكن تصرفه ضاراً بالغير ومخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة عملاً بالمادة (1021) من القانون المدني بمعنى أنه تصرف المالك في ملكه بشكل يعتبر تعدياً موجباً للضمان. [2]

كما جرى اجتهاد محكمة التمييز[3] على أن مالك الأرض يستحق التعويض عن الضرر المستمر نتيجة استمرار تطاير غبار الاسمنت منذ أن اشترى المالك الأرض وحتى إقامة الدعوى وبعد قيام المصنع بتشغيل الأفران وإنتاج مادة الاسمنت.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية[4] جاء فيه: "أن استعمال الحق المشروع يكون دائماً منوطاً بضوابط مؤداها بان لا يلحق ضرراً بأحد كما لا يحول ذلك من مطالبة المتضرر بالتعويض عما أصابه من ضرر, والقول بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان

---

[1] تمييز حقوق رقم (2006/2255)، تمييز حقوق (2006/2160). منشورات مركز عدالة.

[2] نصت المادة (1021) من القانون المدني الأردني على أنه: "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً..." وتجدر الإشارة بان هذا النص يتعلق بمضار الجوار وإن كان قد تضمنت لفظ (الغير) بدلاً من لفظ (الجار) وذلك لأن المادتين (1024 و 1025) قد بينتا مفهوم الضر الفاحش بالنسبة للجار فقط. لمزيد من التفصيل انظر العبيدي، علي هادي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص33.

[3] تمييز حقوق رقم (2002/1250)-(هيئة عامة)، منشورات مركز عدالة، وفي نفس المعنى انظر قرار تمييز حقوق رقم (2010/841)-(هيئة خماسية)، تاريخ 2010/8/15، منشورات مركز عدالة.

[4] تمييز حقوق رقم (2010/2509)-(هيئة خماسية)، تاريخ 2010/9/5، منشورات مركز عدالة.

مشروطاً بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإذا ما لحق بـالغير ضـرر نتيجـة اسـتعمال الحـق فلـه المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر.

وقد قضت محكمة التمييز[1] أيضاً على أن تصرف المالـك بـشكل يـضر بـالغير تعتبـر تعدياً موجباً للضمان وأن استعمال صاحب الحق استعمالاً مـشروعاً لا يـضمن مـا ينـشأ عـن ذلك من ضرر، وإن استعماله لحقه اسـتعمالاً غيـر مـشروع بتـوافر قـصد التعـدي لديـه.... كان ضماناً لما ترتب على استعماله لحقه وتصرفه بملكه من ضرر للغير.

وقضت محكمة التمييز بالقرار الحقوقي رقـم (2009/1605) بمـا يلـي: "إذا كـان مـن حق الطاعن استعمال حقوقه المنصوص عليها في المواد مـن (60-66) مـن القـانون المـدني إلا أن هذا الاستعمال مقيد بعدم الاضرار بالآخرين ومتى ثبـت وقـوع الـضرر فـإن الطـاعن يكون ملزماً بتعويضه.

وحيث إن ما لحق بالمـدعيين (المميـز ضـدهما) مـن أضـرار يثبـت بالبينـة الخطيـة والشخصية منهما كما يثبت بـالخبرة وحيـث إن البينـة المقدمـة فـي الـدعوى لـدى محكمـة الموضوع أثبتت وقوع الضرر فيكون التعويض عن هذا الـضرر فـي محلـه والقـول بخـلاف ذلك يخالف القانون.[2]

وفي حكم تمييزي قديم وغريب لمحكمـة التمييـز الأردنيـة[3] جـاء فيـه: " يتـضح مـن أحكام نصوص المواد (1192 و 1194 و1197) مـن المجلـة أن مـشروعية حقـوق المالـك بالتصرف في ملكه تقف عند حد المساس بحقـوق الغيـر أو إلحـاق الـضرر الفـاحش بـالغير،

---

[1] تمييز حقوق رقم (2009/968) تاريخ 2009/9/30. منشورات مركز عدالة.
[2] تمييز حقوق رقم (2009/1605)- (هيئة خماسية) تاريخ 2009/11/10. منشورات مركز عدالة.
[3] تمييز حقوق رقم (1980/87) تاريخ 1980/5/19. منشور على الصفحة من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1980/1/1.

وخروج المالك عن حدود المشروعية جزاؤه أن يتحمل دفع الضرر وإزالته وأن يمنع من التصرف الضار وهو جزاء مفروض على المالك بالذات وأنه

- لا تتحقق مسؤولية المقاول الذي ينفذ أعمال الهدم بناء على طلب مالك العقار استناداً لأحكام المادتين (1199 و 2000) من المجلة المتعلقة بأحكام الأملاك والمعاملات الجوارية لأن المقاول ليس مالكاً ولا مجاوراً.

وتوالت محكمة التمييز الأردنية في هذا الاتجاه وهكذا قضت في حكم آخر لها[1] مبني على قرار آخر سابق صادر بهيئة عامة يحمل الرقم (2000/2425) على أن استعمال الشخص لرخصة ممنوحة له بموجب الدستور والقانون لا يترتب على استعمال هذه الرخصة تعويض الخصم عما لحقه من ضرر إلا إذا استعمل ذلك الشخص حقه استعمالاً غير مشروع بأن قصد باستعماله لهذا الحق التعدي أو الكيد للخصم عملاً بالمادة (101) من الدستور والمادة (61) من القانون المدني.

وإلى جانب هذه الأحكام التي تلحق الجزاء على الاستعمال المسيء لحق الملكية العقارية يمكن إضافة الاستعمال الذي يعتبر خطأ لحق الملكية وذلك وفقاً لنظرية مازو الذي يقول أن استعمال حق الملكية يخضع للمبادئ العامة للمسؤولية ويؤيده في ذلك السنهوري ولكن مع بعض التحفظات، ويصعب تحديد ما إذا كان الخطأ قد ارتكب أثناء استعمال الحق أو بمناسبة هذا الاستعمال (كالاستعمال غير الحذر لرجل الحقل الذي سبب أضراراً لماشية الجار) [2] غير مباشرة، بينما الموظف يباشر سلطاته المخولة له لتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر.

---

[1] تمييز حقوق رقم (2009/1605)-(هيئة خماسية) تاريخ 2009/11/10. منشورات مركز عدالة.
[2] السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج8، ص3.

ولهذا فالأصح أن يقال بأن للملكيـــة وظيفـــة اجتماعيـــة[1]، وهـــذا هـــو موقـــف الـــشريعة الإسلامية التي تقر الملكية الفردية ضمن حدود حق الغير ومصلحة المجتمع.

وعليه فالملكية ذات وظيفة اجتماعية، وفـــي نفـــس الوقـــت ذات صـــفة فرديـــة، لـــذا فـــإن إلغاء الملكية الفردية يعد أمراً مناقضاً للفطرة الإنسانية المتمثلة فـــي حـــب التملـــك، وســـبباً فـــي كبت الطاقات البشرية[2]، لأن الملكيـــة غيـــر موجـــودة إلا لتنظـــيم إشـــباع رغبـــات اجتماعيـــة اقتصادية معينة، وبالتالي فإن الملكيـــة تعتبـــر التزامـــاً بالنـــسبة لـــصاحبها لأنـــه يتعـــين عليـــه استخدام الثروة التي يحوزها بهدف الحفاظ علـــى التـــضامن الاجتمـــاعي وتنميتـــه، فكلمـــا قـــام المالك بأداء تلك الوظيفة الاجتماعية استحق الحماية وتـــوفير وســـائل ضـــمان كـــل عمـــل يقـــوم به لتحقيق تلك الغاية إلا أنه لا يستحق تلـــك الرعايـــة والحمايـــة إذا مـــا انحـــرف عـــن الهـــدف الاجتماعي أو تقاعس عن أداء وظيفته أو تعسف في حقـــه، لأن المالـــك مثـــل الموظـــف الـــذي يقوم بأداء المهمة المسندة إليه، مما يتعـــين علـــى الكافـــة تمكينـــه مـــن أداء واجبـــه، ولكنـــه إذا تخلى أو تقاعس أو انحرف عن أداء وظيفته كمـــا ينبغـــي أو إذا تعـــسف فـــي اســـتعماله لحقـــه، فإنه لا يستحق الرعاية، ويعتبر مسيئاً، ويكون معرضاً لحرمانه من تلك الملكية.[3]

---

[1] أبوزهرة، محمد ، المرجع السابق، ص70.
[2] الزحيلي، وخبه، المرجع السابق، ص517.
[3] العبيدي، علي هادي، المرجع السابق، 13.

الفرع الثاني

التعسف هو من قيود الملكية العقارية

ليست الملكية كما كانت في الماضي حقاً مطلقاً يعطي صاحبه استعمال العقار والانتفاع به والتصرف فيه بدون أية قيود أو شروط.

فقد تطور مفهوم حق الملكية مع تقدم الزمن فأصبحت حقاً له وظيفة اجتماعية يجب أن تؤديها كما أصبح حقاً له قيود وحدود لا يجوز للمالك أن يتخطاها.

هذا مختصراً حول الملكية الفردية خالياً من الدخول في مسائل قد يطول شرحها ويبعدنا قليلاً عن جوهر الموضوع الأساس، كحالة الالتصاق العقارية، ومسالة الاضرار المألوفة وغير المألوفة، وغيرها من المسائل التي تتصل بالموضوع، أما بالنسبة للملكية المشتركة فهي ميدان خصب لنظرية التعسف في استعمال الحق وخصوصاً ملكية الشقق والطبقات المبنية، ويمكن أن يكون لهذه النظرية أثر موفق نظراً لكثرة المنازعات والدعاوى المطروحة في هذا الصدد. أن نظرية التعسف في استعمال الحق يجب أن تطبق عندما ينجم عن استعمال كل شريك لحقه الخاص المتولد من الجزء المقرر الخاص به من المال الشائع استعمالاً يفوق الحد المألوف. فنكون امام تعسف مثلاً عندما يبرم الشريك عقداً على حصته بهدف تعطيل استعمال الشيء الشائع والاضرار ببقية الشركاء. وبالمثل فتؤخذ الأخطاء التي يرتكبها الشريك بعين الاعتبار وذلك على الأجزاء المشتركة. [1]

ويجب عند تقرير الخطأ بحث نية الشريك واستعماله للشيء الشائع خصوصاً أن القانون يعطي للشريك في الملكية المشتركة الحق في استعمال واستغلال حصة بحرية.

---

[1] سوار، وحيد الدين، المرجع السابق، ص87. العبيدي، علي هادي، المرجع السابق، ص153.

ويجب تقييد حرية الشريك في التصرف بالمال الشائع لأنه ليس مالكاً له وإنما مديراً له وإذا تصرف فيه دون موافقة شركائه يكون متعسفاً ولو لم يقصد الاضرار ببقية شركائه.

وان نظرية التعسف في استعمال الحق تسمح بتسوية عدة منازعات تنشا بسبب استعمال الحقوق المشتركة وهكذا فعند مداولات الجمعية العامة للملاك المشتركين حيث يكون الوضع شبيهاً بالمداولات في الشركات[1] ينشأ التعسف عندما تصوت الأغلبية على قرار ضار بالمصلحة المشتركة للشركاء، غير أن إثبات التعسف صعب وعسير، وأغلب الأحكام القضائية ترفض القول بوجود التعسف. [2]

كما أن التعسف يكون في القسمة التي هي الطريق الطبيعي لانقضاء الشيوع، فإذا قرر الشركاء بإنهاء الشيوع وعند استعمالهم لهذا الحق عمدوا إلى منح احدهم عيناً مشغولة بعقد مبرم معهم يكون هذا التصرف تعسفياً، وكذلك إذا غالوا في استعمالهم لحق القسمة بأن أعطوا احدهم بالتأمر فيما بينهم عقاراً بخساً كأن يكونوا أجروا خبرة غير نزيهة للاضرار بشريكهم ومنحه عقاراً يعادل قيمة أقل من حصته في المال الشائع فهنا أيضاً يتحقق التعسف. غير أن الشريك المتضرر يستطيع استعمال دعاوى غير دعاوى التعسف فله التمسك بضمان الاستحقاق في الحالة الأولى وطلب إبطال القسمة لعيب الغبن في الحالة الثانية لأنه من آثار القسمة أن تكون عادلة، ومعنى عدالة القسمة ضمان المتقاسمين

---

[1] جوسران، روح القوانين، المرجع السابق، ص568.

[2] محكمة الدرجة الكبرى في السين بتاريخ 7 يناير 1965 – غازيت القصر 1965 – 1 – 175. مشار إليه في الكزبري، مأمون، المرجع السابق، ص71، هامش رقم (2).

بعضهم لبعض وأبطال القسمة لعيب الغبن إذا لحق بقاصر أو رافقه تغرير (تدليس) غير دافع. [1]

الفرع الثالث

الحقوق الناجمة عن حق الملكية العقارية الخارجة عن مبدأ التعسف

رغم أن حق الملكية العقارية هو في الأصل مطلق يخول صاحبه حق استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه، فإن هذا الحق ترد عليه قيود وحدود تضيق مداه وتجعله بمثابة وظيفة اجتماعية يجب عدم انحرافها عن غايتها بإلحاق المالك أضرار بالغير عند استعماله لحقه، أي منع التعسف في استعمال حق الملكية العقارية. غير أن بعض الحقوق في الحقل العقاري بقيت مطلقة محضة كأنها مجردة من كل غاية فلا تطالها نظرية التعسف. وصاحب هذه الحقوق يستطيع استعمالها في كل آن وحين ولأي غرض أراد ولو لإلحاق الأذى بالغير فلا يعتبره متعسفاً ولا يسأل عنه عمله ولا يحاسب عن اضراره. [2]

ومن الأمثلة على هذه الحقوق في التشريع الأردني وبعض التشريعات العربية الحقوق الآتية:

1. حق الشريك في الحائط المشترك، في حالة إقدام شريكه الآخر على زيادة علو الحائط دون أن يسهم هو بذلك، في أن يكتسب حق الشركة في القسم المعلى شرط أن يدفع نصف النفقات التي استوجبتها التعلية وكذلك عند الاقتضاء نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط، وهذا هو الرأي الراجح فقهاً[3]، وفي معظم التشريعات العربية[4] رغم

---

[1] وهذا ما تقضي به القواعد العامة: انظر المادة (1050) من القانون المدني الأردني.
[2] الكزبري، مأمون، نظرية التعسف في الملكية العقارية في التشريع المقارن، مرجع سابق، ص17.
[3] سوار، وحيد الدين، المرجع السابق، ص220. الكزبري، مأمون، المرجع السابق، ص17.
[4] وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (816) من القانون المصري والمادة (1090) من القانون المدني العراقي وأخير المادة (125) من ظهير 19 رجب 1333 من التشريع المغربي.

سكوت المشرع الأردني عن التطرق لهذه المسألة. ويلاحظ في هذه الحالة صعوبة تصور التعسف من طرف الشريك في الحائط المشترك، أما الشريك الآخر فليس له رفض عرض شريكه لأن قانون بعض التشريعات العربية كالعراقي والمصري والمغربي قد منحته هذا الحق ولا يستطيع الأفراد ولو في ظل حرية التعاقد أن يهدموا ما بناه القانون.

2. حق طلب الشريك على الشيوع القسمة، فالمادة (1040)[1] من القانون المدني الأردني نصت على أنه لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع ويسوغ دائماً لأي واحد من الشركاء في أي وقت شاء أن يطلب وضع حد له لاستبدال الملكية الشائعة بالملكية الفردية. والعلة في إعطاء هذا الحق لكل شريك هي رغبة المشرع في تيسير سبل التخلص من الملكية الشائعة نظراً لمساوئها الكثيرة الناجمة عن تعدد الملاك. ولهذا فإن حق الشريك في طلب إزالة الشيوع يتعلق بالنظام العام فلا يمكن النزول عنه ولا يسقط بالتقادم. هذا ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بموجب الاتفاق[2] أو بحكم القانون[3] أو البقاء في الشيوع بسبب الغرض الذي أعد له المال الشائع. [4]

3. حق المالك في طلب قطع أغصان الأشجار التي تتجاوز فضاء أرضه وفي الإقدام بنفسه على قطع أشجار الجار التي تمتد في أعماق أرضه أو على سطحها وهذا تطبيق لمبدأ العدالة الخاصة. أي أخذ الفرد لحقه دون ضرورة لولوج باب القضاء ورفع دعوى للمحاكم وكسبها والمطالبة بالحصول على حقه من القوة العمومية. ولم ينص

---

[1] نصت المادة (1040) مدني أردني على أنه: "مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع ولم يتفق مع باقي شركائه على ذلك أن يطلب القيمة القضائية".

[2] أجازت المادة (3) من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم (48) لسنة 1953 الاتفاق على البقاء على الشيوع لمدة لا تزيد على خمس سنوات.

[3] ولدينا مثال واحد في القانون المدني الأردني يتعلق بملكية الأسرة عندما لا يكون لها أجل محدد، إذ لا يجوز لأي شريك أن يخرج نصيبه منها إلا بعد مضي ستة أشهر من يوم إعلان باقي الشركاء برغبته هذه وهذا أكدته المادة (1062)مدني بفقرتها الأولى والثانية.

[4] فقد نصت المادة (1060) مدني أردني على أنه: "... ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي خصص له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع. وهذا هو الشيوع الإجباري ومن أمثلته الحائط المشترك ومثل المصعد والسلالم والدهاليز في ملكية الطبقات.

القانون المدني على هذه الحالة صراحة كما فعل غيره كالمشرع المغربي بمقتضى المادة (135) من ظهير 19 رجب 1333[1]، ونرى انطباق هذه الحالة على التشريع الأردني على الرغم من عدم تطرق المشرع الأردني لهذه المسألة.

4. حق الطالب في إزالة المطلات في حالة عدم التقيد بالمسافات القانونية حتى لو لم يترتب ضرر على وجودها. وقد نقضت محكمة النقض السورية حكماً قضى بإبقاء النوافذ المفتوحة دون التقيد بالمسافات القانونية بسبب أنها لا تضر بمصالح المدعي وقضت بوجوب إزالة التجاوز الناجم عن إحداث مثل هذه النوافذ[2] وكذلك فإن محكمة النقض المصرية قررت بوجوب إزالة المطلات المحدثة بخلاف القانون سواء نتج عن وجوبها ضرر أم لم ينتج. فقد جاء في قرار لها: "أن قول الشارع أنه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل ... معناه التحريم والتحريم يوجب إزالة الفصل المحرم بلا نظر إلى كونه أحدث ضرراً بالفعل أو لم يحدث فإنه مع التحريم يكون الضرر متحقق قانوناً. [3]

5. حق الشريك في الحائط المشترك في منع شريكه من فتح أي مطل فيه من أي نوع كان سواء لإدخال النور أو الهواء أو النظر إلى الخارج وحتى لو كان من المطلات المغلقة. وذلك أن فتح مثل هذا المطل من قبل احد الشريكين يتوقف على موافقة الشريك الآخر، فإذا رفض فلا مجال لفتح المطل أبداً. والعلة في ذلك أن فتح النافذة في الحائط المشترك فيه إحراج للجار وإعاقة الاستعمال والاستغلال والتصرف بحصته بهذا الحائط، وهذا ما يستفاد من نص المادة (1276) من القانون المدني الأردني. [4]

---

[1] الكزبري، مأمون، المرجع السابق، ص18.

[2] انقض سوري قرار رقم (952) بتاريخ 1939/2/12، مجلة نقابة المحامين السورية السنة 4 الجزء 3، ص197.

[3] نقض مصري جلسة 15 يناير 1948، طعن رقم 141، مجموعة القواعد القانونية،، الجزء الأول، عبارة ارتفاق، رقم9.

[4] تقضي المادة (1276) من القانون المدني الأردني بأنه: "إذا كان الحائط مشتركاً بين اثنين فلا يجوز لأي من الشركاء فيه أن يتصرف بزيادة في البناء عليه بغير إذن من الآخرين، لمزيد من التفصيل حول ذلك انظر المصد: عبدالمنعم، المرجع السابق، ص115. والعبيدي، علي هادي، المرجع السابق، ص105.

6. حق الشريك في الخندق المشترك المعد لتسوير الأرض فحسب أي الذي لا يستعمل لغرض آخر كأن يكون معداً لإسالة المياه في أن يردم الخندق إلى حد ملكه، وحق مالك السياج المشترك في إتلاف هذا السياج إلى حد ملكه شرط أن يبني جداراً على هذا الحد. وهذه الحالة فريدة منصوص عليها بموجب الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (130) من ظهير 19 رجب 1333 وليس في ردم الخندق أو إزالة السياج وبناء حائط مكانه أي ضرر للجار وبالتالي فإن التعسف في هذا الاستعمال غير وارد. [1]

هذه الأمثلة عن الحقوق ذات الطابع المطلق التي ترد على حق الملكية العقارية والتي لا تخضع ممارستها لمبدأ التعسف في استعمال الحق.

والجدير بالذكر أن هذه الحقوق المحضة محددة تحديداً دقيقاً وصارماً من شأنه أن يجعل استعمالها على وجه مطلق أقل خطراً مما يظهر للنظرة الأولى، وقد يكون اعتبارها مطلقة على هذا النحو أسلم عاقبة وأقل ضرر على المجتمع وأمنه. فقد يحصل أن يغالي أصحاب هذه الحقوق في ممارسة حقوقهم، وقد يحصل أن يلحقوا بعض الضرر بالغير، ومع ذلك يضل الوضع أحسن وأفضل مما كان يمكن أن يصبح عليه فيما لو شملت نظرية نسبية الحقوق هذه الحقوق وقامت بشأنها الحزازات وكثرة الدعاوى والمنازعات. والملاحظ أن هذه الحقوق يصعب أن يطالها التعسف لأن القانون عندما منحها لأصحابها راعى فيها أفضلية وجوب حماية هؤلاء الناس من الغير. [2]

الفصل الرابع

دعوى وجزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

إذا قام التعسف بتحقيق أحد معاييره أو بها كلها فهذا لا يكفي ليحصل المتضرر على حقه إذ لا بد من اللجوء إلى القضاء لرفع الضرر.

[1] الكزبري، مأمون، المرجع السابق،ص 19.
[2] الكزبري، مأمون، المرجع السابق،ص20.

وولوج القضاء يعني رفع دعوى قضائية: ما هي طبيعة دعوى التعسف في استعمال الملكية العقارية؟ ثم أنه وبعد رفع الدعوى والتأكد من وقوع التعسف، لا بد من إلحاق الجزاء بالمتعسف – أي جبر الضرر الناجم عن التعسف: فما هو كنه هذا الجزاء؟

سنجيب على هذين السؤالين من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: طبيعة دعوى التعسف في حق الملكية العقارية

المبحث الثاني: جزاء التعسف في الملكية العقارية

المبحث الأول

طبيعة دعوى التعسف في حق الملكية العقارية

إن الدعاوى ليست من طبيعة واحدة فهناك الدعاوى الجنائية والدعوى المدنية التابعة في الحقل الجنائي، وهناك دعوى الإلغاء ودعوى التأديب ودعوى التعويض في الحقل الإداري. وفي الحقل المدني هناك الدعاوى العينية والدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة.

فما هو قوام دعوى التعسف في الملكية العقارية؟ هل هي دعوى عينية وعقارية أم هي دعوى شخصية ومنقولة؟ قبل الإجابة عن هذا السؤال يحسن التمييز بين الدعوى العقارية والدعوى المنقولة من جهة وبين الدعوى العينية والدعوى الشخصية من جهة أخرى.

(أ) أن الدعوى العقارية هي كل دعوى تحمي حقاً عينياً عقارياً فكل دعوى تتعلق بحق عيني تتصف بطبيعة الحق الذي تحميه وتعتبره دعوى عقارية.

وتعتبر من قبيل الدعاوى العقارية على وجه الخصوص الدعاوى التالية:

1. دعوى استحقاق العقار التي يدفعها المالك لتثبيت حق ملكيته واسترداد عقاره من حائزه.[1]

2. دعوى تثبيت حقاً من الحقوق العينية العقارية المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع الواقع على عقار وكذلك حق السطحية وحق الارتفاق أو أي حق من الحقوق العينية التبعية كالرهن الحيازي العقاري والامتياز الواقع على عقار. [1]

[1] العبيدي، علي هادي، العقود المسماة (البيع والإيجار)، عمان، دار الثقافة، 2005، ص115 وما بعدها.

3. دعوى منع المعارضة بحق من الحقوق العينيـــة العقاريـــة التـــي يـــدفعها المالـــك علـــى من يدعي أن له عقاره حقاً من هذه الحقوق. [2]

4. دعوى قسمة الأموال العقارية. [3]

5. دعوى الحيازة التي تحمي وضع اليد كمظهر لحـــق الملكيـــة، والتـــي يجـــب اعتبارهـــا في حكم الدعاوى العقارية خـــصوصاً وأن بعـــض التـــشريعات ســـوت بـــين دعـــاوى الحيـــازة والدعاوى العينية العقارية من حيث جعل الاختصاص في هذه وتلـــك للمحكمـــة التـــي يقـــع فـــي دائرتها العقار ومن ذلك نص المادة (37) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. [4]

(ب) أما الدعاوى المنقولة فهي كل دعـــوى تخـــرج عـــن نطـــاق الـــدعاوى العقاريـــة أي أنها تستنبط عن طريق الاستبعاد نظراً لأنها لا تدخل تحـــت حـــصر بـــسبب كـــون المنقـــولات لا حصر لها في الحياة العملية.

1. كل دعوى تتعلق بحق عيني على منقول كدعوى استحقاق سيارة مثلاً.

2. كل دعوى تتعلق بحق شخـــصي علـــى منقـــول كالـــدعوى التـــي تهـــدف إلـــى إلـــزام المدعى عليه بدفع مبلغ من النقود أو بالقيام بعمل ما أو بالامتناع عن القيام بعمل.

3. كل دعوى تتعلق بحق شخصي على عقـــار كـــدعوى المـــستأجر بتمكينـــه مـــن شـــغل العقار أو دعوى المؤجر بإخلاء المأجور. [5]

---

[1] سوار، وحيد الدين، المرجع السابق، ص391 وما بعدها، د.الصده، المرجع السابق، ص1069.
[2] العبيدي، علي هادي، العقود المسماة، المرجع السابق،ص 116.
[3] العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق،ص 76.
[4] ومن ذلك أيضاً نص المادة (82) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، وكذلك المادة (28) من قانون المسطرة المدنية المغربية.
[5] العبيدي، علي هادي، العقود المسماة، المرجع السابق،ص120.

على أن الدعاوى التي تستند إلى حق شخصي على عقار ويكون من شان الحكم فيها لصالح رافعها الحصول على حق عيني وعقاري تعتبر من قبيل الدعاوى الهادفة إلى استحقاق عقار وبالتالي دعوى عقارية لا دعوى منقولة كدعوى شراء عقار محفظ امتنع البائع عن تسجيله في السجل العقاري. [1]

4. الدعوى البوليانية أو البوليصية وهي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين بحق الدائن المدعي التي تأخذ بها بعض التشريعات كالأردني حسبما ورد في المادة (370) من قانونه المدني إذ نصت على أن: "إذا أحاط الدين حالاً أو مؤجلاً بمال المدين بان زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعاً لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه".[2]

وليس من شأن هذه الدعوى أن تقرر حقاً عينياً للدائن المدعي ويجب بالتالي اعتبارها من ضمن الدعاوى المنقولة سواء كان تصرف المدين الذي يطعن فيه الدائن واقعاً على عقار أم على منقول. [3]

5. دعوى قسمة الأموال المنقولة لأن القسمة ترد على المال الشائع الذي قد يكون عقاراً أو منقولاً. [4]

---

[1] الكزبري، مأمون، المرجع السابق، ص27.

[2] الصده، عبدالمنعم، المرجع السابق، ص1070، وانظر حول ذلك قرار تمييز حقوق رقم (94/190) مجلة نقابة المحامين، ص2783، 1996. وتمييز حقوق رقم (91/461)، الأعداد (4 ، 5)، لسنة 1993، ص628.

وقارن كذلك نفس الحكم المقرر في المواد (241) مدني سوري و(240) مدني مصري و(266) مدني عراقي و(396) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، لمزيد من التفصيل حول ذلك انظر: د.إبراهيم، جلال محمد، أحكام الالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، 2006، ص249 وما بعدها. أما في فرنسا فإنه يترتب على الدعوى البوليصية أن التصرف المطعون فيه يصبح غير نافذ في مواجهة الدائن المحكوم له، أي أن أثر الحكم يقتصر على هذا الدائن دون أن يستفيد منه بقية الدائن، الزعبي محمد علي، رسالة ماجستير "علاقة المدينين المتضامنين الدائن في التضامن السلبي" دراسة مقارنة رسالة ماجستير، جامعة الإسراء الخاصة، 2010، ص83.

[3] جوسران، روح القوانين، المرجع السابق، بند (702)، ص .

[4] دكيره، حين، أصول القانون المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية، ص163. وسوار، وحيد الدين، المرجع السابق، ص114.

ثم أن الدعوى العينية هي التي قوامها حق عيني معين والحقوق العينية، ورد ذكرها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني الأردني على سبيل الحصر وهي حق الملكية وحق التصرف وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق المساطحة والحقوق المترتبة على العقارات الموقوفة والحقوق المجردة وفي الكتاب الرابع ورد ذكر الحقوق العينية التبعية وهي حق الرهن الحيازي والرهن التأميني وحقوق الامتياز[1]. وهذه منها عقارية أو منقولة كالانتفاع والملكية والرهن الحيازي والامتياز ومنها عقارية فقط كالارتفاق والاستعمال والسكنى وغيرهما. فالدعوى العينية قد تكون عقارية إذا تعلقت بعقار وقد تكون منقولة إذا إنصبت على حق عيني منقول.

6. أما الدعوى الشخصية فهي بخلاف سابقتها لا حصر لها فقد تنشأ عن الالتزام بأداء شيء معين أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل فقد يكون مصدرها العقد أو الإرادة المنفردة أو الإثراء بلا سبب أو مسؤولية تقصيرية أو القانون، وهي قد ترد على عقار كحق المستأجر في استرداد قيمة الإصلاحات التي قام بها على العين المؤجرة، وقد ترد على منقول كتسليف مبلغ من النقود مثلاً.

وإذا كانت هذه هي الدعاوى العقارية المنقولة والعينية والشخصية فما هو نوع دعوى التعسف في استعمال حق الملكية العقارية؟

قد يبدو للوهلة الأولى أنها دعوى عينية عقارية لأنها تتعلق بحق عيني عقاري هو حق الملكية العقارية ولذلك فهي تخضع لاختصاص محكمة موقع العقار الذي صدر التعسف من صاحبة كأن يكون صاحب مصنع يستعمل الآلات الميكانيكية حتى في ساعات الليل في منطقة سكنية فيحدث ضجيجاً وصخباً لا يمكن تحملها من طرف جيرانه. إذا

---

[1] القانون المدني الأردني رقم (43)، 1976.

أمعنا النظر في هذه الدعوى نجد أنهـا تتـصف بالطـابع التفـصيلي الشخـصي لأنهـا تعتبـر بالدرجة تقصيرية فالمتعسف قد ارتكب خطا بـسبب قيـام مـسؤوليته المدنيـة لمـا أحدثـه مـن ضرر للغير فالمتضرر حق شخصي تجاه المتعـسف نـاجم عـن المـسؤولية التقـصيرية التـي هي احد مصادر الحق الشخصي أو الالتزام والدعوى التـي يكـون موضـوعها حقـاً شخـصياً هي دعوى شخصية. ولكن قد لا يرتكب المتعسف أي خطـأ ومـع ذلـك يقـع الـضرر للغيـر فهل في هذه الحالة أيضاً تكون مسؤولية المتعسف شخصية، نقـول نعـم فـإن المـسؤولية تقـوم ليس دوماً عند ارتكاب الخطأ بل هي تنشأ عن الإهمال بـل حتـى عـن ضـرر الغيـر ويكـون أساسها في هذه الحالة الخطأ المفترض كما في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه. (1)

ولكن هذا لا يعني أنه تراجع عن كون حق الملكية حق له وظيفـة اجتماعيـة فحتـى فـي هذه الحالة يكون المتعسف مخطئاً لأنه تجاوز حدود حقه والحـق اضـرار بـالغير. وقـد أيـدت محكمة النقض السورية اعتبار دعوى التعسف فـي اسـتعمال الحـق دعـوى شخـصية حيـث ذكرت أنه: "إذا تجاوز أحد المالكين وأساء في اسـتعمال ملكـه بـصورة أضـرت بجـاره فـلا تكون المنازعات التي تحدث في هذا الخصوص مـن الاختلافـات علـى اسـتعمال حـق عينـي وإنما يكون محل النزاع حقاً شخصياً. (2)

ومن جهة أخرى فإن الدعوى التعسفية هي دعوى منقولـة وذلـك لأن الـدعوى العقاريـة هي الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار، فطالمـا أن التعـسف الواقـع فـي الحقـل العقـاري لا ينشأ عنه سوى حقوق شخصية كمـا وضـحنا فـإن الـدعوى التعـسفية تـدخل فـي عـداد الدعوى المنقولة. ورب قائل يقول أن التعسف في حقـل الملكيـة العقاريـة ينـشأ علـى عقـار، والعقار لا يمكن اعتباره منقولاً فكيف تكون دعوى التعسف دعوى منقولة؟

---

(1) الكزبري، مأمون، المرجع السابق،ص 17.

(2) محكمة النقض السورية أساس صلح رقم (947/1727) تاريخ 18 دسمبر 1947. مذكور في الكزبري، ص18.

في هذا الصدد نقول: إن التعسف في اســتعمال حــق الملكيــة العقاريــة يــسببه صــاحب العقار وليس العقار بحد ذاته ثم أن الضرر يلحــق بــالغير ولــيس بعقــار الغيــر ولــذلك فــإن دعوى التعسف في استعمال حق الملكية العقارية لا يمكن أن تكــون دعــوى عقاريــة بــل هــي دعوى منقولة. [1]

وإذن فإن دعوى التعسف في استعمال الحــق فــي حقــل الملكيــة العقاريــة هــي دعــوى شخصية ومنقولة.

المبحث الثاني

جزاء التعسف في الملكية العقارية

إذ تعسف مالك العقار عند استعماله لحقــه ولحــق ذلــك ضــرر بــالغير فــإن مــسؤولية المالك تقوم ويلزم بإصلاح ذلك الضرر، ولا يعتبــر هــذا الإلــزام بتعــويض الــضرر عقوبــة، ذلك أن العقاب يكون بقدر الخطأ الذي وقع من الجاني، والمقــصود فيــه زجــرة. أمــا الالتــزام بضمان الضرر أو جبر الضرر، فالمقصود به محــو الــضرر إن أمكــن أو تخفيــف آثــاره، أو تعويض الطرف المتضرر بمقابل، ما يكفل ترضيه المــضرور ويعيــد التــوازن بــين مــصلحتي محدث الضرر والمضرور.

وقد تعرضت الشريعة الإسلامية لإلــزام المالــك المتعــسف بــالتعويض عــن الاضــرار التي يسببها للغير. فكانت تعدّ إزالة معالم العمــل التعــسفي المؤيــد الطبيعــي لإســاءة اســتعمال الحق. فمن أحكامها العامة أن "الضرر يزال" وإزالتــة يعنــي رفعــه وإعــادة الوضــع إلــى مــا

---

[1] إبراهيم، جلال محمد، المرجع السابق، ص242.

كان عليه[1]. وان "الضرر يدفع بقدر الإمكـــان" وهـــذه القواعـــد الـــشرعية أخـــذت مـــن حـــديث الرسول (ρ) "لا ضرر ولا ضرار" وعن ذلك كله جـــاء نـــص القـــانون المـــدني الأردنـــي فـــي المادة (62) على أن "لا ضرر ولا ضرار والضرر يزل".

وتطبيقاً لهذا المبدأ نجد المجلـــة المتـــأثرة بالمـــذهب الحنفـــي، وقـــد منعـــت المالـــك مـــن التصرف في مكله إذا كان ضـــرره لغيـــره فاحـــشاً وعرضـــت لـــبعض الأعمـــال التـــي يلـــزم اعتبارها من قبيل الضرر الفاحش، فقد نصت في المـــادة (1200) علـــى أن "الـــضرر الفـــاحش بأي وجه كان يدفع ويزال" كما أعطت في المادة (1201) الحـــق لمـــن ســـدَّ لـــه جـــاره شـــباك بيته بحيث صار بحال لا يقدر على القراءة معهـــا مـــن الظلمـــة، أن يكلـــف هـــذا الجـــار رفـــع البناء الذي سدّ بسببه الشباك. [2]

وقد قرر المشرع الأردني وجوب إزالـــة المـــضار إذا تجـــاوزت الحـــد المـــألوف فالمـــادة (1027) من القانون الأردني[3] جاءت بأحكام منـــسجمة مـــع مبـــادئ الـــشريعة الإســـلامية فقـــد ورد في فقرتها الثانية " ....2.وليس للجـــار أن يرجـــع علـــى جـــاره فـــي مـــضار الجـــوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنمـــا لـــه أن يطلـــب إزالـــة هـــذه المـــضار إذا تجـــاوزت الحـــد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقـــع كـــل منهـــا بالنـــسبة للآخـــر والغرض الذي خصصت لـــه ولا يحـــول التـــرخيص الـــصادر مـــن الجهـــات المختـــصة دون استعمال هذا الحق".

[1] الذنون، حسن علي والرجو، محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002، 3000 وما بعدها.

[2] وتجدر الإشارة إلى أن موقف المذهب المالكي موافق لأحكام المجلة فقد ورد في مختصر خليل عدة احكام تقرر دفع التعسف والتعويض للمتضرر كما هو الحال في المذهب الحنفي. لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: د.شهبون، عبدالكريم، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغري، ج1، مصادر الالتزامان، ط1، سنة 1999، ص395 وما بعدها.

[3] وهذه المادة مستمدة من النص الوارد في المادة (807) من القانون المدني المصري، المطابقة بدورها لما ورد في المادة (776) من القانون المدني السوري.

فالمشرع الأردني قد منح للقاضي حق تقدير ما إذا كانت المضار المشكو منها قد تجاوزت الحد المألوف أم أنها قد نبعت من المضار العادية المألوفة. فالجوار ضرورة اجتماعية تقتضي التعاون بين الجيران من خلال التسامح فيما بينهم والتحلي بسعة الصدر في تحمل الأضرار البسيطة أو المألوفة التي تنتج عن استعمال كل منهم لملكه. ولكنه قرر وجوب إزالة هذه المضار عندما يثبت أنها تجاوزت الحد المألوف، ومن المؤكد أن إزالة هذه المضار الناجمة مثلاً عن محلات مضره بالصحة أو مقلقة للراحة كمعامل تبعث الدخان المؤذي للسلامة يكون في صورة نقدية كما قد يكون في صورة عينية وذلك بأية وسيلة من شأنها إيقاف انبعاث هذا الدخان. [1]

والواقع أن المشرع الأردني لم يستعرض لكل حالات إصلاح الضرر، إذ تختلف طريقة هذا الإصلاح في حالة عن أخرى، حسبما تكون وقائع النزاع المطروح والظروف الملابسة له، وبما يبدي المضرور من طلبات عنها، وإنما أورد المشرع المبادئ العامة للتعويض، وترك للقاضي الوسيلة التي يعالج بها كل حالة بخصائصها ومقتضياتها، فيختار لها ما يراه مناسباً لمحو الضرر أو تحقيق أثره.

وضرر التعسف في استعمال حق الملكية العقارية يرفع غالباً وكما أوردنا آنفاً بإحدى طريقتين إما بالتعويض العيني أو بالتعويض بمقابل, وسنعرض تباعاً لهذين النوعين من التعويض مخصصين لكل نوع مطلب مستقل وذلك على النحو الآتي:

---

[1] منصور، أمجد، المرجع السابق، ص282-283.

المطلب الأول

التعويض العيني

1. لا شك أن من أصابه ضرر من جراء التعسف له الحق أن يطالب بإصلاحه عيناً في كل الأحوال، ليعود بعد ذلك إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فإذا هدم المالك عند قيامه بأعمال الحفر جزء من حائط الجار، فعليه أن يصلح له هذا الحائط، وإذ بنى المالك مدخنة لا لشيء إلا لحجب ضوء الشمس عنه فيجب أن يلزم هذا المالك المتعسف بهدم هذه المدخنة، وإذا فتح المالك نافذة تطلُ على عقار الجار دون التقيد بالمسافات القانونية يجب إلزامه بإغلاقها، وهكذا دواليك. (1)

2. إنما لا بد للحكم بالتعويض عيناً من توافر بعض الشروط:

أ. يجب أن يكون مثل هذا التعويض ممكناً، وهذا شرط تقتضيه البداهة، فلو كان التعويض مستحيلاً لكان الالتزام مستحيلاً والالتزام المستحيل باطلاً، لذا فإن القانون عندما يشترط التنفيذ العيني للالتزام يقيده بأن يكون ذلك ممكناً، وإذا استحال على المدين أن يؤدي التعويض عيناً يحكم عليه بالتعويض المالي أو النقدي. (2)

ب. يجب أن لا يكون التعويض العيني مرهقاً للمدين:

فإذا كان التعويض العيني فيه إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي.(3) إذا كان ذلك لا يلحق ضرراً جسيماً بالدائن، كأن يتجاوز المالك بحسن نية فيبني

---

[1] ويكون ذلك عن طريق دائرة التنفيذ والتي تقوم بناء على طلب الدائن بالتنفيذ على أموال المدين ....لمزيد من التوضيح انظر: د.الفار، عبدالقادر، أحكام الالتزام، دار الثقافة، عمان، 2004، ص58.

[2] د.السرور، شكري محمد، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، القاهرة، ط1، 1985، بند 12، ص16. وقد نصت المادة (159) مدني أردني على أنه: "إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت التعاقد كان العقد باطلاً".

[3] انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول، صفحة (390) وتعليقها على المادة (355) مدني والسند الفقهي لهذا الاستثناء ومنها أن (المشقة تجلب التيسير) و(الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) و(يختار أهون الشرين).

بجزء يسير في أرض جاره، فهدم بناءه فيه إرهــاق كبيــر لـــه لـــذا يعــوض الجـــار بتعــويض نقدي مقابل الضرر الذي لحق به شرط أن لا يلحـــق هـــذا التعـــويض بالجـــار ضـــرراً جـــسيماً. وقد قضى بان التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، والعـــدول عنـــه إلـــى التعـــويض النقـــدي هـــو رخصة لقاضي الموضوع يقضي بها كلما رأى في التنفيذ العينـــي إرهاقـــاً للمـــدين، وبـــشرط أن لا يلحق ذلك ضرراً جسيماً بالدائن.

فمتى رأت المحكمة أن عدم التنفيذ العيني من شـــأنه أن يـــضر بالـــدائن ضـــرراً جـــسيماً، فإنه لا رقابة عليها، إن هي أعملت حقاً أصيلاً لهذا الدائن، وقضت بالتنفيذ العيني. [1]

ج. يجب أن يكون التعويض العيني وفق مقتضيات الظروف:

فيجوز للقاضي تبعاً للظروف, وبناء على طلب المـــضرور أن يـــأمر بإعـــادة الحالـــة إلـــى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء معين متـــصل بالعمـــل غيـــر المـــشروع وذلـــك علـــى ســـبيل التعويض.

وإذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائـــم، إلا إذا قـــام بـــه المـــدين نفـــسه، جـــاز للدائن أن يستصدر حكماً من القضاء بـــإلزام المـــدين بـــذلك وبـــدفع غرامـــة تهديديـــة وتـــسري قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمـــل أيـــاً كـــان مـــصدره حتـــى كان الوفاء به عينياً لا يزال في حدود الإمكان وهذا الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه. [2]

وإذا كان التعسف بالامتناع عن عمل، كما في التزام المالـــك بعـــدم إنـــشاء مجـــرى ميـــاه في أرض معينة، فإنه متى أنشأ مثـــل هـــذا المجـــرى يلـــزم بإزالتـــه، وإذا حفـــر الأرض يلـــزم

---

[1] نقض مصري بتاريخ 1970/12/15م – مجموعة أحكام النقض- السنة 21، رقم 201، ص1234/ مشار إليه لدى د.الفار، هامش، 5، المرجع السابق، ص59.

[2] الغرامة التهديدية مبلغ من النقود يقضي بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو عن كل إخلال يرد على الالتزام. ويقصد بهذه الغرامة التغلب على إرادة المدين، انظر نص المادة (360) مدني أردني وكذلك د.الشرور، مرجع سابق، ص21. وستارك، مرجع سابق، بند 2528.

بردمها، وإذا أسال المالك مورد المياه الذي بعقاره في استمرار بقصد أن تنضب مياه الجار أو تقل، فإنه في مثل هذه الحالة يكون للمتضرر أن يطالب بالإصلاح عينياً، للقاضي أن يأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة لتجنب وقوع مثل هذا الضرر.

د. يجب أن يطالب المضرور نفسه بالتعويض العيني

فإذا طلب المتضرر بمثل هذا التعويض فإنه يتوجب على القاضي أن يحكم به، ولا يتقيد المتضرر بتقديم أي من نوعي التعويض (العيني أو النقدي) قبل الآخر، إذ من حقه أن يطالب بأيهما على ما يشاء، وحسبما يراه أجدى له، وكذلك للمسؤول أن يعرض التعويض العيني، فيقضي به عليه. ولقد قضي بأن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يتم اللجوء إلى عوضه، أي التعويض المالي، إلا إذا استحال التعويض عيناً. فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض المدعى عليه التعويض عيناً كإزالة سبب الضرر وحجب قبول ما عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض، ولو لم يطالب المدعي ذلك، أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي. [1]

وأما إذا كان المضرور قد طالب بالتعويض بمقابل، فللقاضي أن يحكم بالتعويض عيناً. إذا ما رآه أيسر، كما أن للقاضي أن يحكم بمقابل غير ذلك المقابل الذي يطالب به المضرور، ولا يُعدُّ هذا حكماً بما لم يطلبه الخصوم، إذ إن الحكم يقوم على تعويض الضرر موضوع النزاع، وإنما بوسيلة أخرى، والمشرع أعطى تعريفاً للتعويض وبين بعض أنواعه ولكنه منح القضاء سلطة واسعة في تقديره وفقاً لظروف وملابسات كل حالة يكون الحكم فيها بأداء تعويض للمدعي. ولكن ليس لمحكمة الموضوع أن تصدر حكماً

---

[1] مرقص، سليمان، المرجع السابق، بند612، ص488.

على سبب غير الذي كان المدعي قد استند إليه في رفع دعــواه، فمــثلاً إذا كانــت الــدعوى قــد أقامها صاحبها على أساس المسؤولية التقصيرية، فلــيس للمحكمـــة أن تقــضي بـــالتعويض علـــى أساس المسؤولية العقدية. [1]

المطلب الثاني

التعويض بمقابل

1- إن أغلب حالات التعويض بمقابل يكون فيهـــا التعــويض مقــدراً بمبلـــغ مـــن النقــود، ولكن يمكن أن يكون التعويض بمقابل غير نقدي، إذ لـــيس فـــي نـــصوص القـــانون مـــا يحـــول دون ذلك. ولمحكمة الموضوع الصلاحية في اختيار الطريقـــة التـــي تراهـــا الأنـــسب لإصـــلاح الضرر، باعتبارها تعويضاً بمقابل. فقد يقضى بإلزام المسؤول بـــشيء معـــين بـــدلاً مـــن إلزامـــه بمبلغ من المال، وكذلك للمحكمة أن تقضي بما تراه أجـــدى علـــى المـــضرور القاصـــر، فتلـــزم المسؤول بأن يملكه سهماً يحصل على ريعه. [2]

وهكذا الشأن في مضايقات الجوار، فإن لمحكمة الموضـــوع أن تقــضي بمـــا تـــراه كفـــيلاً لمنع ما ينبعث من الدخان، أو ما يحدث من صُخب، أو ما ينـــشأ مـــن رائحـــة كريهـــة ومؤذيـــة. أو ما يحدث من خطر الحريق، ويعدّ كذلك ما تقــضي بـــه المحكمـــة مـــن نـــشر الحكـــم بإدانـــة المسؤول، تعويضاً غير نقدي.

وإذا رأت المحكمة أن التعويض غيـــر النقـــدي لا يـــصلح لجبـــر الـــضرر، فإنـــه يُقـــضى بإلزام المسؤول بأن يدفع مبلغـــاً مـــن المـــال، مجمـــداً أو مقـــسطاً، وقـــد يكـــون إيـــراد مرتبـــاً للمصاب الذي تقعده حادثة ما بسبب تعسف المالك، فيعجز عـــن كـــسب عيـــشه لمـــدى حياتـــه أو

---

[1] حكم قديم لمحكمة النقض المصرية في 16 دجمبر 1948، مجموعة القواعد القانونية لأحكام محكمة النقض، الجزء الأول، رقم 2، ص259.
[2] د. سلطان، أنور، المرجع السابق، بند 64، ص57. والسرور شكري، المرجع السابق، بند 36، ص27.

لمدة معينة منها، وهذا يكون في حالات كثيرة في المسؤولية التقصيرية، وفي بعض حالات المسؤولية العقدية. ويلزم المدين الذي يتأخر في تنفيذ التزامه بالتعويض فالضرر الناتج عن التأخر في التنفيذ يوجب تعويضه، كما هو شأن الضرر الناجم جراء عدم التنفيذ، فقد يتساوى الضرران، كما لو تأخر المدين عن توريد سلعة قد التزم بتقديمها في تاريخٍ معين، ليتمكن من بيعها في فترة موسم معين، أو ليعرضها في معرض عام. (1)

ويلتزم المسؤول بالتعويض عن الضرر وقت حدوثه، وقد يكون بتعويض عيني أو بمقابل، فإذا تراخى في ذلك، فقد يصيب المضرور ضرر آخر يترتب على التأخير في إصلاح الضرر الأول.

فما يقع من ضرر ثانٍ على ذلك التأخير في إصلاح الضرر الأول، ينشأ عنه حق المتضرر في وجوب تعويضه عنه، بتعويض تأخيري يضاف إلى التعويض الجزائي.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية، بأن للمضرور الحق إلى جانب التعويض الأصلي في تعويض آخر عن التأخير، يسري من تاريخ حصول الضرر وللمحكمة إما أن تقدر التعويض جملةً واحدة أو أن تقدر كل منهما على حدة، غير مقيدة في ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير.

2- ولكن كيف يتم تقدير التعويض

أن تقدير التعويض قد يكون اتفاقياً وقد يكون قانونياً

أ. التعويض الاتفاقي:

---

(1) عامر، حسين، المرجع السابق، ص642.

قد يتفق الطرفان على ما يجب أن يؤدي من تعويض عند الإخلال بالالتزام،وهذا في حقيقته الشرط الجزائي الذي يعتبر طريقه للتعويض عما يترتب من عدم تنفيذ الالتزام عيناً. وسوف نقصر الكلام هنا حول تطبيق هذا التقدير الاتفاقي في نطاق التعسف محيلاً تفصيلاته العامة إلى القواعد العامة في نظرية الالتزام. [1]

قد يكون التقدير الاتفاقي في حقل التعسف سابقاً لوقوع الضرر وقد يكون لاحقاً عليه, وقد ينجم التعسف عن المسؤولية العقدية من جهة أو قد ينجم عن المسؤولية التقصيرية أو الانحراف في الحق من جهة أخرى.

فلو كنا بصدد تعسف سببه المسؤولية العقدية لكان من الممكن تصور اشتراط تعويض سابق للضرر الممكن وقوعه وكذلك إمكان الاتفاق على تعويض لاحق للضرر.

أما إذا نتج الضرر عن تعسف مصدره المسؤولية التقصيرية أو عن انحراف الحق عن وظيفته الاجتماعية فلا يمكن تصور إلا التعويض الاتفاقي اللاحق للضرر الناتج عن التعسف لأننا نكون أمام أشخاص ليست بينهم أية علاقة سوى واقعة الضرر اللاحق بالطرف المتضرر. [2]

ب. التعويض القانوني: "الفوائد التأخيرية"

وهو الذي يكون عن التعويض التأخيري الذي يتولى القانون تقديره إجمالاً أو بطريقة جزافية كما في الفوائد التي تكون واجبة عن مجرد التأخير في الوفاء بغير حاجة إلى أن يثبت الدائن وقوع ضرر له، إذ إن الضرر مفترض في الديون النقدية للحرمان من استثمارها اقتصادياً، ولكن يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي، يضاف إلى الفوائد

---

[1] د. الفار، عبدالقادر، المرجع السابق، ص73 وما بعدها وتحتوي الهوامش على جملة من القرارات التمييزية بخصوص الشرط الجزائي.
[2] د.إبراهيم، جلال محمد، المرجع السابق، ص184 وما بعدها.

القانونية أو الاتفاقية، لما يثبته الدائن من ضرر يجاوز الفوائد تسبب له فيه المدين بسوء نية.

والأساس في هذا التعويض التكميلي هو ما صدر من خطأ المدين وبهذا يكون تعويضاً جزائياً وليس عن التأخير، وكذلك الأمر في حالة ثبوت خطأ من الدائن بما يتسبب فيه بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع، وهذه هي صورة التعسف، فإن القاضي يستطيع أن يخفض الفوائد القانونية أو الاتفاقية أو أن لا يقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر.

وقد قضي بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضي، مما يغني المدعي عن طلب فوائد التأخير عن مبلغ التعويض. [1]

ج. التقدير القضائي:

إذا لم يكن التعويض قد حدده القانون، ولم يكن هناك اتفاق على مقدار التعويض بين أصحاب العلاقة، فإن محكمة الموضوع تتولى تقديره في كل حالة بذاتها وحسبما تقتضي الظروف الملابسة لها. [2]

وقد ذكرت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بصدد مناقشة المادة (237) أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب متى كان ذلك بنتيجة للفعل الضار، وينبغي أن يعتد في هذا الشأن بجسامة الخطأ، وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف. والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإعفاء عنها، في منطق

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج2، بند 509.
[2] الكزبري، مأمون، المرجع السابق، ص27.

المذهب الشخصي أو الذاتي، ولذلك تجري التقنيات الحديثة على إقرار هذا المبدأ وتطبقه في أحوال شتى. [1]

فإذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد (الشرط الجزائي) كأن يشترط الجار على المالك عدم التعلية بالبناء وأداء تعويض محدد عن التعلية، ويهتم المالك بتعلية بنائه، أو مقدراً بنص القانون كما في الفوائد، تولى القاضي تقديره، كما هو الشأن في حالات المسؤولية التقصيرية، بعنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعيه للإخلال بالالتزام أو التأخير فيه، سواء كان أساسه فوات هذا الكسب أو تحقق تلك الخسارة. [2]

3- الخسارة الواقعة والكسب الفائت

أن عنصري التعويض هما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وهذان العنصران يجب أن يأخذهما القاضي بعين عن تقدير الدائن لما أصابه من ضرر وبموجب أحكام التشريع الأردني فقط في نطاق المسؤولية التقصيرية. أما في نطاق المسؤولية العقدية فليس أمام القاضي إلا التقيد بمقدار التعويض الذي حدده المشرع أي بما أصاب الدائن من خسارة دون ما فاته من كسب[3]. فإذا كان المالك يصدر أصواتاً صاخبة لتنفيذ الحيوانات في غابة جاره الذي يصطاد فيها بين فترة وأخرى يكون قد فوت كسباً لهذا الجار. وإذا كان المالك يحفر في أرضه لقطع الماء عن جاره يكون قد الحق خسارة به. وفي الحالتين يلزم المالك بالتعويض. ذلك أنه لم يكن من المستطاع جعل المضرور في

---

1) محكمة النقض المصرية في 25 يونيو 1953 المجموعة السابقة، ج1، رقم 73، ص269.

2) سلطان، أنور، المرجع السابق، بند 68، ص57.

3) المشرع الأردني بخصوص مقدار التعويض في المسؤولية العقدية خالف ما جرى عليه العمل في مجال القوانين المقارنة من اعتناقها لمبدأ "ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب" إذا أن هذه الفقرة الأخيرة تؤدي إلى إثرار على حساب الغير دونما حق" وذلك في المادة (266" لكنه ناقض نفسه بخصوص التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية فساير باقي التشريعات وحبذا لو وحد نظرته التشريعية بإتباعه معيار واحد في قياس الإضرار في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية خاصة وأن الفكرة كلها مستوحاة من الفقه الإسلامي الذي لا يبيح أكل أموال الناس بالباطل" .... لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر المذكرة الإيضاحية، ص400 وما بعدها.

الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، فلا أقل من تعويضه عما لحق ه من خسارة وما حرمه من ربح كان سيعود عليه.

4- الظروف الملابسة

يجب مراعاة الظروف الملابسة في تقدير التعويض ويدخل في هذا الاعتبار جسامة الخطأ، دون أن تكون هي الاعتبار الوحيد إذ يمكن أن يترتب ضرر يسير عن خطأ جسيم كالمالك الذي يضع تمثالاً لمشنوق أمام نافذة جاره ويكون الجار ذو أعصاب قوية، كما أنه يحدث ضرر بالغ بسبب خطأ يسير كأن يجري المالك حفريات في أرضه ويرمي بالتراب على حقل لجاره مزروع بالأزهار الثمينة، وإنما تدخل جسامة الخطأ في اعتبار جملة مع بقية ظروف الدعوى. مع ما يجب أن يراعى من أن يكون للضرر الاعتبار الأول، إذ بقدر الضرر يكون مقدار التعويض، أي أن التعويض يقدر بقدر الضرر الواقع فعلاً. (1)

ولا يسأل المدين في المسؤولية العقدية إلا عن خطئه المتوقع على أنه يسأل أحياناً عن خطئه غير المتوقع في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وهذا الحكم يقوم على أن المدين في حالتي الغش والخطأ الجسيم يقترف خطأ تقصيرياً يخرج به نفسه من ميدان التعاقد، فتطبق عندئذ عليه أحكام المسؤولية التقصيرية.(2)

ولكن قد يحدث أن يكون الضرر متوقعاً سببه، ولكن غير متوقع في قدره، كما لو أدرك أن خطأ ما يترتب عليه الضرر، دون أن يلم أن الضرر يبلغ المدى الذي وصل إليه من الجسامة وفي مثل هذه الحالة يعتبر الضرر غير متوقع ولا يهم توقع جزء منه. إذ

(1) محكمة النقض المصرية في 17 إبريل 1947 الجدول الخامس... مشار إليه في السنهوري، المرجع السابق، بند 511.
(2) محكمة النقض المصرية في 26 نوفمبر 1936 مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض، ج1، ص261.

يراعى في هذا الصدد أنه يجب ألا يقتصر توقع الأطراف للضرر، على مصدر هذا الضرر أو سببه بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره ومداه.

وتقدير توقع الضرر أو عدم توقعه يرجع فيه إلى أطراف النزاع وقت حدوث التعسف، ويجب أن يقدر التوقع بمعيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد "المتوسط من الناس" في ذات الظروف الخارجية. [1]

وكذلك يجب مراعاة الظروف الخاصة للمضرور، فمن الممكن أن يحدث خطأ ما ضرراً كبيراً بالمجني عليه بسبب حالته العصبية أو ضعفه أو حساسيته، بينما أن هذا بذاته يترتب عليه ضرراً يسير لشخص آخر غير ذلك المجني عليه.

كما أن ما يحدث عن الضجة والصخب من إقلاق وأذى، إنما يختلف أثره لدى المضرور، إذ يتفاهم إذا كان مكدور الذهن، مشدود الأعصاب، عنه إذا كانت مثل هذه الضجة من طبيعة عمل من يدعي التضرر، وكذلك الشأن فيما يؤثر على المواهب الذهنية والعقلية، فإنها تختلف بدرجة ثقافة المجني عليه.

وعلى ذلك فإنه يلزم على القاضي أن يدخل في الاعتبار، عند تقدير التعويض تلك العناصر الشخصية بالمضرور، أي القياس فيها يعتمد على معيار ذاتي. وبمعنى يكون التقدير لذلك الضرر الذي لحق بالمضرور فعلاً، دونما اعتبار لما قد يكون من أثر لذلك لدى شخص آخر غير المضرور.

5- حسن النية وسوئها

[1] عامر، حسين، المرجع السابق، ص647.

لا دخل لحساب حسن نية المسؤول في تقدير التعويض، فالمسؤولية تتوافر ولو حسنت نية المسؤول، ما دام أنه اقترف فعلاً يوجب مسائلته، ونعلم أن معايير التعسف حسبما جاء في الفقرة الثانية من المادة (66) [1] من القانون المدني الأردني أربعة وهي نية الاضرار، أي سوء نية المتعسف، ورجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً وفي هذا المعيار لا اعتبار إلى حسن النية أو سوئها وتحقيق مصلحة غير مشروعة وهنا تدخل النية في الاعتبار ولكن ليس في جميع الحالات. وأخيراً معيار تجاوز العرف والعادة وتلعب فيه النية دوراً بارزاً أيضاً. ولكن يمكن أن تدخل حسن النية لهدم المعيار الأول في التعسف ألا وهو نية الاضرار بالغير، ولكن قد يرسخ ويتحقق معيار آخر فلا محل عندها للأخذ بحسن النية.

وفي النطاق التعاقدي إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة"الآفة السماوية" أو الحادث الفجائي، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر فيه. فلا ترفع المسؤولية إلا بما يثبته المدين من وجود السبب الأجنبي وتقوم مسؤوليته بغض النظر عن وجود حسن النية أو سوئها، إذ تتوافر المسؤولية رغم حسن النية، وإنما قد يكون لها أهميتها في تقدير التعويض وليس في مبدأ تقريره.

وإن مسألة تقدير حسن النية هي مسألة موضوعية يعود إلى قاضي الأساس أمر تعيينها، وليس لمحكمة التمييز رقابة فيها على محكمة الموضوع التي لها في تقديرها سلطة مطلقة.

---

[1] تقضي المادة (66) مدني أردني في فقرتها الثانية: " .....2.ويكون استعمال الحق غير مشروع

أ. إذا توفر قصد التعدي

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة

6- التعويض الإضافي

قد لا يكون في مقدور القاضي في بعض الأحيان أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً وقت الحكم، فللقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

وبهذا يكون لمحكمة الموضوع أن تقدر تعويضاً مؤقتاً على قدر الضرر الحاصل وقت الحكم، ويحفظ للمضرور حقه، خلال مدة معقولة يراها، في الرجوع بالتعويض عن التحديد الأخير للضرر وهذا ما نصت عليه المادة (268) مدني أردني بقولها "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعيناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير". كأن يستعمل المالك آلات للحفر فتسبب تصدعاً في جداره فيطلب الجار تعويضاً عن التصدع ويحصل عليه ثم ينهار الجدار دون خطأ الجار أو استعماله فعندها يلزم تقدير تعويض إضافي عن الضرر المستجد. ويعدّ هذا التعويض الإضافي أنه عما جد من ضرر كانت المحكمة قد أرجأت الفصل في شأنه لإمكان تحديد مداه، وحفظت للمضرور حقه فيه، مالا يصح معه التمسك بقوة الأمر المقتضى به. [1]

أما إذا انقضى الضرر بعد الحكم، فإن هذا لا يبيح للمسؤول أن يطالب برد ما يعادل ذلك النقص لأن الحكم في شأنه نهائياً قد حاز قوة الشيء المقتضى به، فضلاً عن أنه إذا قضى برد بعض التعويض الذي حكم به فمعناه الطعن في الحكم الأول من غير طريقه القانوني.

[1] سوار، وحيد الدين، المرجع السابق، ص63، وأيضاً السرحان، عدنان ، د.خاطر نوري، المرجع السابق، ص330.

فإذا حدث تعسف لا بد من جزاء يوقع علـــى مرتكبـــه ويتمثـــل هـــذا الجـــزاء بـــالتعويض للمتضرر عن الضرر الناجم عن التعسف.

وهذا التعويض إما أن يكون عينياً عن طريق إزالـــة الـــضرر وإمـــا تعويـــضاً بمقابـــل إذا تعذر التعويض العينـــي كـــالتعويض النقـــدي أو غيـــر النقـــدي كتلـــصيق الحكـــم علـــى نفقـــة المتعسف.

أما طرق التعويض فهي متعددة فهناك التعويض الاتفـــاقي الـــذي يتفـــق عليـــه الأطـــراف منذ البداية، والتعويض القانوني الذي ينص عليه القـــانون، والتعـــويض القـــضائي الـــذي تقـــدره المحكمة عند انتفاء النص القـــانوني، ويؤخـــذ فـــي تقـــدير التعـــويض متـــى كـــان فـــي إطـــار المسؤولية التقصيرية الخـــسارة الواقعـــة والكـــسب الفائـــت، والخـــسارة الواقعـــة دون الكـــسب الفائت متى كان التعسف في إطار المسؤولية العقديـــة، وكـــذلك الظـــروف الملابـــسة ولا تعتبـــر حسن النية أو سوءها عند حساب التعويض، وأخيراً يمكـــن الحكـــم بتعـــويض إضـــافي إذا تولـــد عن الضرر ضرر جديد.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة

إن نظرية التعسف في استعمال الحق كما تبين لنا هي نظرية مهمة وضرورية، فهي نظرية مهمة لأنها عُرِفَت مُنذ أن عَرفَتْ البشرية الحضارة، أي منذُ نشأة القانون لينظم الحياة داخل المجتمع. فقد عرفتها مدونة حمورابي وعرفها الرومان كما عرفتها الشريعة الإسلامية في شكل متطور ومتقدم، وكذلك فإن القوانين القديمة كالقانون الفرنسي القديم قد تعرضت لها. وفي العصر الحديث نجد أغلب التشريعات المعاصرة تقنن مبادئها وتنص على أحكامها هذا من جهة، وأما من جهة أخرى فنجدها باسطة نفوذها في أغلب فروع القانون. من قانون مدني وعقاري وتجاري واجتماعي بل أكثر من ذلك فإننا نجد صداها في القانون العام ولا سيما القانون الإداري الذي يسميها بنظرية التعسف في استعمال السلطة.

وهي ضرورية لأنه لولاها لسادت الفوضى في الحياة العامة ولحلت المظالم وانتشر الطغيان، ذلك أن كل صاحب حق يصبح يستعمل حقه على النحو الذي يرغب ويلحق الضرر والأذى بغيره بدون رقيب ولا حسيب مدعياً أنه إنما يستعمل حقاً مشروعاً منحه إياه القانون، فلا يجوز بأية صورة تضييقه أو الحد منه، ولذلك فلا بد من رادع قانوني يوقف نزوات أصحاب الحقوق المستهترين ويحد ممن يتجاوز حقوقه ويسيء إلى الغير بحجة استعماله لحق مقرر له قانوناً.

لذلك جاء الفصل الثاني من هذه الرسالة مخصصاً لدراسة التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق لأن مقتضيات الضرورة لدراسة مثل هذه النظرية فرضته.

ثم أن التشريع والفقه والقضاء مجمعين على الأخذ بمبدأ التعسف في استعمال ولكن الخلاف بين التشريعات ووجهات نظر الفقهاء تكمن في تأسيس هذه النظرية فمنهم من أسسها على فكرة نسبية الحقوق، ومنهم من أسندها إلى فكرة نية الاضرار ومنهم إلى فكرة استعمال الحق في غير ما أعد له، وأخيراً منهم من بناها على فكرة الخطأ في استعمال الحق وهذا التسلسل أيضاً فرض نفسه وتربع على عرش فصول ومباحث الرسالة تباعاً.

وهكذا تناول الفصل الثالث نظيرة التعسف في استعمال حق الملكية العقارية أما الفصل الرابع فتم تخصيصه لمعالجة دعوى وجزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

ومن خلال دراسة النظرية بالشكل الذي تم خلصت الدراسة إلى النتائج الآتية:

ثانياً: النتائج

تورد الدراسة أهم النتائج التي توصلت إليها:

1. إن لنظرية التعسف في استعمال الحق مجالات عديدة في حقل التعاقد وفي ميدان التقاضي وفي علاقات العمل، ولكن أوسع مجال لتطبيق نظرية التعسف هو حقل الملكية العقارية خصوصاً أن أول ما نظر القضاء الفرنسي في مبدأ التعسف كان ذلك في حقل الملكية العقارية.

2. أن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الملكية العقارية يخلق إشكالية كبرى لأن حق الملكية أوسع الحقوق نطاقاً فهو يخول صاحبه جميع السلطات الممكنة على العقار المملوك له، ومنها سلطة استعمال الشيء للحصول على مزاياه ومنافعه وسلطة استغلاله والاستفادة من ريعه وسلطة التصرف فيه ببيعه أو هبته أو إتلافه. وهو يعتبر

مملوكاً لصاحبه بتفرعاته وبما يوجد فوقه وبملكية تحتــه ولكــن هــذه الــسلطات ليــست مطلقــة من كل قيد. فحق الملكية بعد أن كان حقاً فردياً مطلقاً ومقدساً أصبح ينظــر إليــه علــى اعتبــار أنه حق ذو وظيفة اجتماعية فترد عليه عدة قيود تكبح من جماح المالــك حتــى لا ينحــرف فــي استعمال حقه عن الهدف المشروع، وتمنع إلحــاق الــضرر بــالغير. فالتعــسف فــي اســتعمال الحق هو هنا قيد من القيود الواردة على استعمال حق الملكية العقارية.

3. يتفق المشرع الأردني مع الشريعة الإسلامية فــي الهــدف مــن اســتعمال الحــق فــي الأصل هو الإباحة، وأن إخراج استعمال الحــق عــن إباحتــه إلــى الحظــر هــو تقييــد لــذلك الاستعمال، وترد نظرية التعسف في اســتعمال الحــق فــي المرتبــة الأولــى لهــذا التقييــد، ولا يوجد حق مطلق فــي التــشريع الأردنــي والــشريعة الإســلامية، فــالحقوق كلهــا مقيــدة فــي استعمالها بالمقاصد والنتائج والطرق.

4. أن نظرية التعسف في استعمال الحق طبقاً لحكام التــشريع الأردنــي تعــدّ بحــق مــن أهم تطبيقات المسؤولية عن الأعمــال الشخــصية، فلهــا خــصوصية تتميــز بهــا عــن صــور المسؤولية الشخصية، أضف إلى أنهــا تعــدّ مبــدأً عامــاً ينطبــق علــى التــصرفات والأعمــال القانونية، لذلك عالجها المشرع الأردني كما هو الحال فــي معظــم التــشريعات ضــمن المبــادئ العامة للقانون المدني أي في الباب التمهيدي.

5. أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية أصــيلة وجــدت منــذ فجــر التــاريخ للحضارات وظهور القانون غير أنها كانت محــدودة وضــيقة عنــد البــابليين وغيــر واضــحة المعالم عند العبرانيين ومن بعدهم الرومان لطغيان النزعــة الشخــصية فــي القــانون فــي تلــك الفترة والتي استمرت في الغرب حتى منتصف القرن الماضي حيــث ظهــرت بجانبهــا النزعــة

الموضوعية التي ترعرعت في ألمانيا على وجه الخصوص، وكانت تربة خصبة لنماء نظرية التعسف وتوسيع دائرتها في مجال المعاملات وفروع القانون.

6. أن نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية تصطبغ بأهمية قصوى وتستند إلى فكرة العدالة، إذ لا يجوز أن يتستر البعض باستعماله لحق مقرر له بهدف الإساءة لحقوق الآخرين ولا يمكن تسبيق المصلحة الخاصة على المصالح الجماعية.

7. أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرجع لهم الفضل في إرساء مفهوم التعسف في استعمال الحق وأن المعايير العصرية الواردة في اغلب التشريعات الحديثة مستقاة من الفقه الإسلامية.

أ. ففي معرض الاعتداد بقصد الاضرار بالغير قال الفقهاء مثلاً أن: من حدد قضيباً او عيداناً فجعلها ببابه لتدخل في رجل من يريد الدخول في حائطه من سارق أو غيره فإنه يضمن، وكذلك من وضع شوكاً يستضر به من يدخل فيه، أو رش أرضه بالماء يريد بذلك أن ينزلق من يمر بها فإنه يضمن. [1]

ب. وفي معرض تطبيقات معيار عدم تناسب مصلحة المالك مع الضرر الذي يصيب الغير في الفقه الإسلامي جواز التسعير عند المغالات في الأسعار، ومنع الاحتكار، لأن المصلحة الخاصة التي يبقى تحقيها المحتكر والبائع مهما كانت فإنها لا تتناسب البتة مع الاضرار التي تحيق بالناس نتيجة احتكار السلع والمغالاة في أسعارها تطبيقاً لقاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما. [2]

---

[1] حنبوله، محمد علي، المرجع السابق، ص634.
[2] الشاطبي، أواسحاق، الموافقات – المرجع السابق، ص257.

ج. وفي تطبيقات معيار عدم مشروعية المصلحة المقصودة من استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

أن الولاية على النفس والمال إنما شرعت لرعاية مصلحة المولى عليه لتحقيق ما يعود عليه بالخير وصلاح نفسه وحاله، فإذا استعمل الولي حق الولاية في غير مصلحة المولى عليه، كما إذا زوج الأب ابنته بأقل من مهر مثلها وبدون مصلحة تعود عليها فيمنع من ذلك، لأنه يتأتى من ضرر لها أو حط من صداقها بدون مصلحة، فإنه لا يجوز له ذلك، كما أن الولي لا يجوز له التبرع بشيء من مال المولى عليه أو التنازل عن شيء من حقه ولا يجوز له محاباة الشركاء من نصيب المولى عليه، ولا يبيع ماله بغبن يتسامح الناس فيه عادة، لأن حقوق الولاية ومصلحة الولي منوطة بمصلحة المولى عليه، ومعطاة لتحقيق هذه الغاية، وكل تصرف يأتيه الولي ويتعارض مع تلك الغاية المشروعة يعدّ تعسفاً في استعمال حق الولاية، ولكل من يعينه أمراً للمولى عليه مخاصمة الولي وعزله.

وهكذا فإن الشريعة الإسلامية رائدة في ميدان التعسف فهي لم تعط أحكام التعسف واكتفت بل وقدمت لنا الحالات التي يقوم فيها التعسف ومعايير هذه النظرية وذلك قبل الفقيه الفرنسي جوسران بقرون وهو صاحب الفضل في إرساء دعائم نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الغربي.

ولذا يمكننا القول أن شريعتنا الغراء وإن كانت ليست هي مبتدعة التعسف في استعمال الحق، فهي بحق واضعة أحكامه وبانية مبادئه، ومنها استقت جل التقنيات العربية المعاصرة أحكامها في التعسف ومنها التشريع الأردني.

8. لقد اتجه المشرع على اعتبار مبدأ التعسف في استعمال الحق مبدأ عاماً ينبسط على جميع نواحي القانون ولا يقتصر على مشكلة المسؤولية التقصيرية وقد نصت المادة (66) من القانون المدني الأردني, وقد جاءت في المبادئ العامة للقانون على حالات التعسف ومعاييره كما عرضنا سابقاً.

ثالثاً: التوصيات

1. استعمل المشرع الأردني مصطلح إساءة استعمال الحق عنواناً للمادة التي أخذت بأحكام مبدأ التعسف في استعمال الحق، وفي واقع الأمر أن إساءة استعمال الحق شيء والتعسف في استعماله شيء آخر، وعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق فإن الوضع يتعلق بالعنصر الأساسي في المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، على أن الذي يشفع للقانون الأردني صيغته في هذا الشأن أنه قد ورد ما يعدّ فعلاً إساءة لاستعمال الحق مع معايير التعسف بالمعنى الدقيق في الباب التمهيدي من القانون بحيث لم يعد الأمر يقتصر على تطبيق عدم التعسف في مجال المسؤولية التقصيرية بل أصبح هذا المبدأ مبدأ عاماً يحكم جميع نواحي القانون لذلك ... يوصي الباحث المشرع الأردني بإعادة الصياغة لتنسجم مع مضمون التعسف في استعمال الحق ومحتوى ما ورد في النص من معايير.

2. لقد عالج المشرع الأردني موضوع وجوب امتناع المالك عن مضار الجوار الفاحشة أو غير المألوفة مرتين، إحداهما في المادة (1021) التي استمدها من المادة (1197) من مجلة الأحكام العدلية. والأخرى في المادة (1027) التي استمدها من المادة (807) من القانون المدني المصري. ويرى الباحث بان هذا التكرار غير مبرر، وبأن المشرع الأردني قد جانب الصواب حينما اقتبس هذين النصين من تشريعين يمثلان

اتجاهين مختلفين لذلك.. يوصي الباحث المشرع الأردني وفي أقرب فرصة تعديلية توحيد نظرته التشريعية بإتباعه لاتجاه واحد ينسجم وواقع الحال.

3. يوصي الباحث بإلغاء نص المادة (1023) من القانون المدني الأردني التي وردت بخصوص منع المالك من التصرف في ملكه إذ تعلق به حق للغير، إذ هي مضطربة حتى في إطار ترديدها للقواعد العامة إذ قضت بأنه: "إذا تعلق الغير بالملك فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفاً ضاراً إلا بإذن صاحب الحق". فهذا النص لا ينسجم ونص المادة (171) من القانون المدني الأردني التي اعتبرت هكذا تصرف موقوفاً على إجازة صاحب الحق.

4. يوصي الباحث بإلغاء نص المادة (1022) من القانون المدني الأردني والتي تقضي أن: "العقار الأميري لا يصح للمتصرف فيه وقفة ولا الوصاية به ما لم تكن الحكومة قد ملكته إياه تملكياً صحيحاً بعد توفر المسوغات الشرعية " .. الغاءه لسببين أحدهما أن موضوع البحث هو (قيود الملكية)- أي التعسف في حقل الملكية العقارية والمتصرف في العقار الأميري ليس مالكاً لأن الرقبة تكون مملوكة للدولة. والآخر أن ما قضت به هذه المادة هو تطبيق للقواعد العامة التي تشترط في الواقف الموصى أن يكون مالكاً. وعليه إذا كان حق الملكية غير ثابت فكيف نبحث في القيود الواردة عليه لمنع التعسف؟

5. يوصي الباحث ببعض التشريعات كالتشريع المغربي الذي غاب عن ظهيره الصادر بتاريخ 19 رجب 1333 هجري المنظم للعقارات المحفظة في القانون المغربي والمعتبر بمثابة التشريع العقاري المغربي النص في معرض حديثه عن الملكية العقارية

على نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بسبب سلوكه درب مدونة نابليون لعام 1804 والتي أتت مشبعة بالأفكار الفردية والشخصية التي تقدس الفرد... يوصي الباحث المشرع المغربي اللحاق بالتشريعات العربية الأخرى كالأردني والسوري والمصري والنص صراحة على أعمال نظرية التعسف في استعمال الحق وإفرازها بنصوص خاصة.

6. إضافة فقرة للمادة (29) من قانون العمل الأردني وذلك بالنص على ما يلي:

"مع مراعاة ما ورد في البند (أ) يستحق العامل بدل الإشعار وبدل التعويض عن الفصل التعسفي".

7. يوصي الباحث بالنص صراحة على التدرج في العقوبات التي تتخذ بحق المتعسف في استعمال حقه فتحسم ابتداءً بالتنفيذ العيني الجبري وتنتهي بالتعويض النقدي.

8. يوصي الباحث بإفراد باباً أو فصلاً خاصاً يحتوي على النصوص المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق منسجمة في آن واحد مع النصوص الخاصة في حقل الملكية العقارية والقيود الواردة عليها.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المراجع العربية

1. إبراهيم، جلال محمد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، جامعة الشارقة الطبعة الأولى 2006.
2. البخاري – الصحيح، فتح الباري، شرح صحيح البخاري للحافظ بن حجر العسقلاني، الجزء الأول.
3. البناء، محمود عاطف، المذاهب والنظم الاشتراكية، القاهرة 1969.
4. الجبوري، ياسين محمد– الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الالتزامات دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى 2008.
5. الجوزية، ابن القيم – إعلام الموقعين– الجزء الثالث.
6. حزبون، جورج، والصراف، عباس، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، الطبعة الأولى 2002.
7. حنبولة، محمد علي – الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، القاهرة 1974.
8. الحكيم، عبدالمجيد، مصادر الالتزام، بغداد 1973.
9. الخفيف، علي، الملكية في الشريعة، الجزء الأول، القاهرة 1965.
10. خيري، محمد مرغني، الوجيز في القانون الإداري المغربي، الجزء الثاني، الرباط 1978.

11. الذنون، حسن علي والرحو، محمد سعيد – الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، عمان، دار وائل للنشر 200.

12. الذنون، حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية– الجزء الثاني، الخطأ، بدون سنة نشر.

13. الزرقا، مصطفى، نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام في الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد.

14. الزهاوي، سعيد أمجد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون والمحاكم القضائية.

15. زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة 1977.

16. السرحان عدنان وخاطر، حمد نوري– شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2000م.

17. السرور، شكري محمد –موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، القاهرة، الطبعة الأولى 1985.

18. السنهوري، عبدالرزاق– الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القاهرة 1966. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة 1952. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، القاهرة، 1952.

19. سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الثقافة، عمان2005.

20. سليمان، علي علي، شرح القانون المدني الليبي 1972.

21. سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 1991.

22. الشاطبي، أبواسحاق- الموافقات - الجزء الاول والجزء الثاني.

23. شهبون، عبدالكريم - الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي- الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الطبعة الأولى 1999.

24. شقير، محمد لبيب، تاريخ الفكر الاقتصادي، القاهرة، بدون سنة نشر.

25. الصدة، عبدالمنعم، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت 1982.

26. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار - الجزء الرابع.

27. عامر، حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، القاهرة، 1960.

28. عبدالعزيز، راجي، القانون المقارن- محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر 2005.

29. عبود ، موسى، دروس في القانون الاجتماعي، الرباط 1976.

30. عيد، خالد عبدالله، النظرية العامة للشريعة الإسلامية، جامعة فاس بالمغرب 1974.

31. العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، دار الثقافة عمان، الطبعة الأولى 2000. ،العقود المسماة "البيع والإيجار" دار الثقافة 2005.

32. الغزالي، ابو حامد أحمد- احياء علوم الدين- طبعة 1352هـ الجزء الثاني.

33. الفار، عبدالقادر، آثار الالتزام، دار الثقافة، عمان 2002.

34. الكزبري، مأمون، نظرية التعسف في الملكية العقارية في التشريع المقارن، كلية الحقوق بالرباط، مطبوع على استانسل. ،التحفيظ العقاري المغربي- مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1976.

35. اللكنوي، محمد عبدالحليم، قمر الأقمار على نور الأنوار، شرح المنار، الجزء الثاني.

36. كيرة، حسن – المدخل إلى علم القانون، القاهرة 1971.

37. مرقص سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، القاهرة.

38. مصطفى، محمود سلام– نظم القانون الروماني – دار النهضة العربية, القاهرة 1966.

39. منصور، أمجد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الطبعة السادسة 2011.

40. المختار، عطار– قانون الالتزامات والعقود المغربي، مصادر الالتزام، الرباط، الطبعة الثانية 1999.

41. النقيب، عاطف، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدي بيروت، باريس، الطبعة الأولى 1983.

42. فرج، توفيق – الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت 1993.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

-التلاحمة، خالد إبراهيم أحمد 1999، سلطان الشريك على الملكية الشائعة في العقار، رسالة دكتوراه، جامعة آل البيت.

-الزعبي، محمد 2010–علاقة المدينين المتضامنين بالدائن في التضامن السلبي طبقاً لأحكام التشريع الأردني والمقارن – رسالة ماجستير – جامعة الإسراء الخاصة.

-الهياجنه، عبد الناصر لسنة 1998، أحكام الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني – رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.

رابعاً: الأبحاث "المجلات الدولية"

-العبيدي، علي هادي بحث منشور في مجلة اربد للبحوث والدراسات العدد الثاني 1999.

خامساً: القوانين

1. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1977.

2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 وتعديلاته

3. القانون المدني السوري.

4. قانون الالتزامات والعقود المغربي.

5. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني- شرح علي حيدر.

سادساً: الأحكام القضائية

1. أحكام محكمة التمييز الأردنية المنشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، مركز عدالة.

2. اجتهادات محكمة النقض الفرنسية.

3. اجتهادات محكمة النقض المصرية.

سابعاً: المراجع الأجنبية "الفرنسية"

1. Josserand Luise: De I'CS prit des droit et de Leur rolivite (Thocrie olite de L'abus des droit) paris 1927.

2. STARK Boris: Droit Civil – Les obliqations PARIS 1972.